

DIE PREISMELDESTELLEN NACH DER ZWEITEN KARTELLNOVELLE

Die Bedeutung des Verbots der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, dargestellt am Beispiel der Preismeldestellen und ihrer Wirkungsweise auf den Wettbewerb

Inauguraldissertation zur Erlangung
des
akademischen Grades eines Doktors
der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der
Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von: Rolf Muchowski aus Gelsenkirchen

DIE PREISMELDESTELLEN NACH DER ZWEITEN KARTELLNOVELLE

Die Bedeutung des Verbots der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, dargestellt am Beispiel der Preismeldestellen und ihrer Wirkungsweise auf den Wettbewerb

Inauguraldissertation zur Erlangung
des

akademischen Grades eines Doktors

der Rechte

durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät

der

Ruhr-Universität Bochum

vorgelegt von: Rolf Muchowski aus Gelsenkirchen



Digitized by the Internet Archive
in 2026



Dekan: Prof. Dr. Schmidt-Asmann

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Biedenkopf

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Lutter

Tag der mündlichen Prüfung: 7. Juli 1977

Die Preismeldestellen nach der zweiten Kartellnovelle

Die Bedeutung des Verbots der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, dargestellt am Beispiel der Preismeldestellen und ihrer Wirkungsweise auf den Wettbewerb

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Problemdarstellung

1. Teil: Begriff und Arbeitsweise der Preismeldestellen	S. 1
§ 1 Der Begriff "Preismeldestelle"	S. 1
A) Historische Betrachtung und Herkunft	S. 1
B) Heutiges Verständnis	S. 4
C) Zum Streit um die Begriffe und Definition	S. 5
§ 2 Erscheinungsformen	S. 6
A) Unternehmen verschiedener Branchen	S. 6
B) Unternehmen einer Branche	S. 7
C) Die Wirtschaftsinstitute	S. 10
§ 3 Rechtliche Organisation	S. 10
A) Ringverträge	S. 10
B) Sternverträge	S. 11
§ 4 Der Zweck der Preismeldestellen	S. 11
A) Wettbewerbsförderung durch Schaffung von Markttransparenz	S. 12
I. Verhinderung "nicht schützenswerten Wettbewerbs"	S. 12

II. Förderung des Leistungswettbewerbs	S. 15
III. Förderung von Strukturwettbewerb	S. 17
1. Begriff	S. 17
2. Förderung	S. 17
B) Wettbewerbsbeschränkung durch Schaffung von Markttransparenz	S. 19
§ 5 Arbeitsweise der Preismeldestellen	S. 22
A) 1. Phase: Die Meldung	S. 22
I. Adressat der Meldung	S. 22
II. Inhalt der Meldung	S. 24
1. Preise	S. 24
a) Hinterlegung von Preislisten	S. 24
aa) Meldung der Neueinführung	S. 25
bb) Meldung der Abweichung	S. 25
(1) Generell bei bestimmten Arten von Geschäften	S. 26
(2) Bei Einzelgeschäften	S. 26
b) Einzelpreise	S. 26
2. Benennung von Anbieter und Nach- frager	S. 27
III. Zeitpunkt der Meldung	S. 28
1. Bei Hinterlegung von Preislisten	S. 28
a) Die Meldung der Neueinführung	S. 28
b) Die Meldung der Abweichung	S. 29
2. Bei Einzelpreismeldung	S. 30

B) 2. Phase: Die Auswertung (Die Tätigkeit der Zentralstelle)	S. 31
I. Die nichtstatistische Auswertung	S. 31
II. Das statistische Verfahren	S. 32
1. Erfassung von Tiefst- und Höchstpreisen	S. 32
2. Erfassung von Durchschnittspreisen	S. 32
C) 3. Phase: Die Rückmeldung	S. 33
I. Inhalt der Rückmeldung	S. 33
II. Arten bzw. Zeitpunkt der Rückmeldung	S. 34
1. Das nichtstatistische Verfahren	S. 34
a) Auf Anfrage	S. 34
b) Ohne konkrete Anfrage	S. 35
aa) Sofort nach Eingang der Meldung	S. 35
bb) Innerhalb einer Frist nach Eingang der Meldung	S. 35
cc) Periodisch	S. 36
2. Das statistische Verfahren	S. 36
3. Das Verfahren der Praxis	S. 36
2. Teil: Wirkung der Preismeldestellen auf den Wettbewerb	S. 38
§ 1 Einleitung	S. 38
§ 2 Das Modell des vollkommenen Wettbewerbs	S. 39
A) Definition des Modells des vollkommenen Wettbewerbs auf einem unbeschränkt vollkommenen Markt	S. 40

B) Kritik	S. 41
§ 3 Das Modell des unvollkommenen Wettbewerbs	S. 42
A) Definition des unvollkommenen Wettbewerbs	S. 42
B) Unterscheidung nach Marktformen	S. 44
I. Das Monopol	S. 45
II. Das Oligopol	S. 45
1. Definition	S. 45
2. Wirkung der Förderung von Markttransparenz in Oligopolyen	S. 46
a) Im engen Oligopol	S. 47
aa) Unter Berücksichtigung des Inhalts der Meldung	S. 49
(1) Preise	S. 49
(a) Nur Preise	S. 49
(b) Nur Konditionen	S. 50
(c) Preise und Konditionen	S. 50
(2) Identifizierung	S. 51
(a) Der Anbieter	S. 52
(b) Der Nachfrager	S. 53
(c) Identifizierung von Anbieter und Nachfrager	S. 54
bb) Unter Berücksichtigung des Zeitpunkts der Meldung	S. 54
(1) Vor Vertragsschluß	S. 55
(2) Bei oder nach Vertragsschluß	S. 56
cc) Unter Berücksichtigung der Rückmeldung	S. 57
(1) Das statistische Verfahren	S. 57

(2) Das nichtstatistische Verfahren	S. 58
(a) Rückmeldung ohne konkrete Anfrage	S. 58
(b) Rückmeldung auf Anfrage	S. 59
b) Im weiten Oligopol	S. 61
aa) Unter Berücksichtigung des Inhalts der Meldung	S. 62
bb) Unter Berücksichtigung des Meldezeitpunktes	S. 65
cc) Unter Berücksichtigung der Rückmeldung	S. 66
III. Das Polypol	S. 67
1. Begriff	S. 67
2. Wirkung der Förderung von Markttransparenz im Polypol	S. 68
a) Unvollkommenheit wegen fehlender Markttransparenz	S. 68
b) Unvollkommenheit wegen unterschiedlichen Marktanteils	S. 69
c) Unvollkommenheit wegen Bestehens von (räumlichen) Präferenzen	S. 70
d) Unvollkommenheit des Marktes wegen unterschiedlichen Marktanteils und Bestehens von (räumlichen) Präferenzen	S. 74
3. Teil: Beurteilung nach §§ 1 und 25 Abs. 1 GWB	S. 76
§ 1 Die Verbotstatbestände	S. 76
A) § 1 GWB Kartellverbot	S. 76

I. Vereinbarung	S. 78
1. Vereinbarungen mit Bindungswirkung	S. 78
a) Ringverträge	S. 78
aa) Personalgesellschaften	S. 78
bb) Körperschaften	S. 79
b) Sternverträge	S. 80
2. Gemeinsamer Zweck	S. 81
a) Begriff	S. 81
aa) Wettbewerbsbeschränkung als gemeinsamer Zweck	S. 82
bb) Beliebiger Zweck als gemeinsamer Zweck	S. 82
cc) Ergebnis	S. 83
b) Freismeldestelle-Vertrag als Vertrag zu einem "gemeinsamen Zweck"	S. 83
aa) Ringverträge	S. 83
bb) Sternverträge	S. 84
II. Wettbewerbsbeschränkung	S. 85
1. Der Wettbewerbsbegriff	S. 86
2. Beschränkung des Wettbewerbs	S. 91
a) Stand der Meinungen	S. 91
aa) Wettbewerbsbeschränkung iSd Gegen- standstheorie	S. 91
bb) Wettbewerbsbeschränkung iSd Folgen- theorie	S. 101
cc) Wettbewerbsbeschränkung iSd Zweck- theorie	S. 105
dd) Der Ansatz von Baur	S. 106
b) Praktische Bedeutung der Streitfrage	S. 109

c) Versuch eines neuen Ansatzes	S. 111
aa) Bedeutung der Einführung des Verbots der aufeinander abgestimmten Verhaltens- weisen	S. 112
bb) Parallelität der Verbote nach §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 und §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 1 Nr. 8	S. 114
cc) Notwendigkeit einer Unterscheidung	S. 114
(1) Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens	S. 114
(2) Argumentum a maiore ad minus	S. 116
(3) Indizienbeweis im Rahmen des § 25 Abs. 1 GWB	S. 120
(4) Bessere Praktikabilität	S. 121
(5) Ergebnis	S. 124
 B) § 25 Abs. 1 GWB Verbot aufeinander abgestimm- ter Verhaltensweisen	S. 127
I. Aufeinander abgestimmtes Verhalten	S. 127
1. Begriff	
a) Die herkömmliche Auslegung	S. 127
b) Die Gesetzesmaterialien	S. 128
c) Stellungnahme	S. 129
aa) Abgrenzung des aufeinander ab- gestimmten Verhaltens zu Vertrag und gentlemen agreement	S. 131
bb) Abgrenzung des aufeinander abge- stimmten Verhaltens zum Parallel- verhalten	S. 131
cc) Ergebnis	
II. "Das nicht zum Gegenstand einer vertrag- lichen Bindung gemacht werden darf"	S. 134
1. Begriff	S. 134
a) Wettbewerbsbeschränkung	S. 136
b) Eignung zur Marktbeeinflussung	S. 138

III. Nachweise des aufeinander abgestimmten Verhaltens	S. 141
1. Nachweis eines konkreten Kontaktes	S. 142
a) Begriff	S. 142
b) Konkreter Kontakt bei Preis-meldestellen	S. 143
aa) Ringvertrag	S. 144
bb) Sternvertrag	S. 144
2. Nachweis eines Parallelverhaltens am Markt	S. 145
a) Preisanpassung als Parallelverhalten	S. 145
b) Konditionenanpassung als Parallelverhalten	S. 146
c) Identifizierung als Parallelverhalten	S. 146
aa) Identifizierung von Anbietern	S. 147
bb) Identifizierung von Nachfragern	S. 147
cc) Identifizierung von Anbieter und Nachfrager	S. 148
Preislistenhinterlegung als Parallelverhalten	S. 148
aa) Meldung der Neueinführung	S. 149
bb) Meldung der Abweichung	S. 149
e) Angebotsmeldung als Parallelverhalten	S. 150
f) Angebotsrückmeldung als Parallelverhalten	S. 150
g) Vermeidung ruinösen Wettbewerbs als Parallelverhalten	S. 151
h) Einhalten von Zeitspannen als Parallelverhalten	S. 151
i) Ergebnis	S. 152
3. Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung	S. 153
a) Preisanpassung als Wettbewerbsbeschränkung	S. 153

b)	Konditionen Anpassung als Wettbewerbs- schränkung	S. 155
c)	Ausschluß ruinösen Wettbewerbs als Wettbewerbsbeschränkung	S. 156
d)	Ausschluß des Geheimwettbewerbs als Wettbewerbsbeschränkung	S. 157
e)	Ausschluß vorstoßenden Wettbewerbs als Wettbewerbsbeschränkung	S. 159
f)	Einhalten von Zeitspannen als Wettbewerbsbeschränkung	S. 160
4.	Nachweis der Eignung zur Marktbeein- flussung	S. 160
5.	Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens	S. 164
a)	Nachweis im engen Oligopol	S. 166
aa)	Preis Anpassung als Nachweis	S. 166
bb)	Konditionen Anpassung als Nachweis	S. 167
cc)	Identifizierung als Nachweis	S. 168
	(1) Anbieteridentifizierung	S. 168
	(2) Nachfrageridentifizierung	S. 170
dd)	Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß	S. 171
b)	Im weiten Oligopol	S. 173
aa)	Preis Anpassung als Nachweis	S. 173
bb)	Konditionen Anpassung als Nachweis	S. 174
cc)	Identifizierung als Nachweis	S. 175
dd)	Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß	S. 176
c)	Im Polypol	S. 176
aa)	Preis Anpassung als Nachweis	S. 177
bb)	Konditionen Anpassung als Nachweis	S. 177
cc)	Identifizierung und/oder Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertrags- schluß	S. 178

IV. Ergebnis	S. 179
§ 2 Auswirkungen dieses Ansatzes auf die zivilrechtliche Rechtsfolge	S. 182
A) Unwirksamkeit und Nichtigkeit	S. 183
B) Vertrag als Unterfall der Koordination	S. 184
C) Gegenstands- oder Folgentheorie?	S. 185
D) Kasuistisches Vorgehen zur Bestimmung des Vorliegens einer koordinierten Wettbewerbsbeschränkung	S. 188
I. Anwendung ökonomischer Erkenntnisse und Erfahrungen innerhalb des § 1 GWB	S. 189
II. Ausfüllung des Tatbestandes des § 1 GWB durch Entscheidung zu § 25 Abs. 1 GWB	S. 190
III. Auswirkungen des Indizienbeweises innerhalb des § 25 Abs. 1 GWB auf § 1 GWB	S. 191
E) Ergebnis	S. 192
1. Bestimmung der Unwirksamkeit ex ante	S. 192
2. Erhaltung der Rechtssicherheit	S. 193
3. Wahrung der Rechtseinheit	S. 194

- Behrens Zur Zulässigkeit des Oper-Price-Systems, nach dem GWB, WRP 1960, 57.
- ders. Die überforderte Markttransparenz, WRP 1962, 27.
- ders. Marktinformation und Wettbewerb, Wirtschaftliche und rechtliche Würdigung des Oper-Price-System, Köln 1963.
- ders. Theorie und Praxis der Marktinformationsverträge, Kritische Bemerkungen zum neueren Schrifttum, WRP 1966, 194.
- Benlke Die vertikalen Wettbewerbsbeschränkungsverbote nach der Kartellnovelle 1973, ZHR 139 (1975), 129.
- Benisch Vortäuschung günstiger Konkurrenzangebote als unzulässige Wettbewerbsmaßnahme, BB 1953, 728.
- ders. Einkaufsverbände und Kartellgesetz, in: Festschrift für Rudolf Isay, S. 111 ff., Köln, Berlin 1956.
Lit.: B in F. S. Isay.
- ders. Die kartellrechtliche Bedeutung des Zwecks von Kooperationsverträgen, DB 1969, 247.
- ders. Zur kartellrechtlichen Beurteilung der kooperativen Marktinformation, DB 1972, 1709.
- ders. Die kartellfreie Kooperation nach der GWB-Novelle 1973, WuW 1974, 69.

Benkendorff

Was ist unter "Beeinflussung der Marktverhältnisse" in § 1 GWB zu verstehen? WRP 1962, 146.

ders.

Über den Vertrag in § 1 GWB und seine Eignung zur Marktbeeinflussung, WRP 1962, 312.

Biedenkopf

Freiheitliche Ordnung durch Kartellverbot, in: Biedenkopf, Calman, Derringer, Aktuelle Grundsatzfragen des Kartellrechts, S. 12 ff., Heidelberg 1957.
Zit.: Grundsatzfragen.

ders.

Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen und Wirtschaftsverfassung, Heidelberg 1958.
Zit.: Vertragl. Wettbewerbsbeschränkungen.

ders.

Besprechung: Rudolf Lukes, Der Kartellvertrag, BB 1959, 1108.

ders.

Über das Verhältnis wirtschaftlicher Macht zum Privatrecht, in: Festschrift Böhm, S. 113 ff., Karlsruhe 1965.
Zit.: B in F. S. Böhm.

ders.

Zur Selbstbeschränkung auf dem Heizölmarkt, BB 1966, 1113.

ders.

Wettbewerbspolitik zwischen Freiheitsidee und Pragmatismus, Zur 10jährigen Geltung des GWB, WuW 1968, 3.

Blomeyer

Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, München 1966.
Zit.: Beweislast und Beweiswürdigung.

- Brandt Information, Marktform und Wettbewerb, ZHR 127 (1965), 200.
- Brinkmann Markttransparenz und Wettbewerbsrecht, Diss., Göttingen 1963.
- Brugger Zur Auslegung des § 1 GWB, WuW 1959, 467.
- Clark Competition As a Dynamic Process, 2. Aufl., Washington DC 1973.
- Deringer Der BGH zum Empfehlungsverbot, BB 1960, 343.
- Deringer-Tessin Die Grenzen der Zulässigkeit von Preis-meldestellen, DB 1963, 19.
- Deringer Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 6. 2. 1973 - Rs. 45/72, NJW 1973, 963.
- Ebel Ist eine Änderung des Kartellverbots im GWB nötig?, BB 1970, 3.
- ders. Novellierung des GWB, Teil 1: NJW 1973, 1577; Teil 2: NJW 1973, 1665.
- Eddy The New Competition, London/New York 1912.
- Emmerich Das 2. Gesetz zur Änderung des GWB, JuS 1973, 726.
- ders. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 29. 1. 1974 (Abgedruckt: NJW 1975, 788), NJW 1975, 1599.
- ders. Zur Gegenstands-, Zweck- und Folge-theorie in § 1 GWB, Eine Erwiderung zu dem Beitrag von Dr. D. Hoffmann, BB 1975, 628 ff., BB 1975, 766.

- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959.
- Ewald Sind Einkaufsgenossenschaften Kartelle, WuW 1956, 253.
- ders. Zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes über das Jahr 1961, WRP 1962, 185.
- ders. Zum Tätigkeitsbericht des Bundeskartellamtes, WRP 1965, 417.
- Fikentscher Die Preisunterbietung nach neuem Wettbewerbsrecht, BB 1958, 211.
- ders. Anmerkung zum BGH-Urteil, WuW/E BGH 359, WuW 1960, 344.
- ders. Nachfragemacht und Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1960, 680.
- ders. Neue Entwicklung der Theorie zum Tatbestandsmerkmal der Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB, WuW 1951, 788.
- ders. Die Interessengemeinschaft, Köln/Berlin/Bonn/München 1966.
- ders. Zu Begriff und Funktion des "Gemeinsamen Zwecks" im Gesellschafts- und Kartellrecht, in: Festschrift H. Westermann, S. 87 ff., Karlsruhe 1974.
Zit.: F. in F. S. Westermann.

- Fink Die Entscheidungen des Kammergerichts zum MIV-Tuben, WRP 1972, 412.
- Frankfurter Kommentar Herausgegeben von Kaufmann/Rautmann u. a., Loseblattaussgabe, Köln, Stand: Dz. 1970.
Zit.: Frankf. Komm.
- Frey Die Beeinflussung der Marktverhältnisse im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, 1.
- Galbraith Die moderne Industriegesellschaft (The New Industrial State), München 1966.
- Gemeinschaftskommentar Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Kommentar, herausgegeben von Müller-Henneberg/Schwarz, 1. Aufl., Köln/Berlin 1955.
Zit.: Verf. X in: GemK (1. Aufl.).
- Gemeinschaftskommentar Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, 2. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1963.
Zit.: Verf. X in: GemK (2. Aufl.).
- Gemeinschaftskommentar Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht 3. Aufl., 1. Lieferung, Köln/Berlin/Bonn/München 1972.
Zit.: Verf. X in: GemK.
- Gleiss/Bechthold Das neue deutsche Kartellgesetz, insbesondere abgestimmtes Veralten, Marktbeherrschung und Fusionskontrolle, BB 1973, 1142.
- Gleiss/Hootz Die kartellrechtliche Zulässigkeit des gesellschaftsrechtlichen Wettbewerbsverbots im Recht der OHG, NJW 1963, 1339.

Greiffenhagen

Die Kartellgenehmigung im Recht des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Berlin 1966.
Zit.: Die Kartellgenehmigung.

Griesbach

Denaturierte Markttransparenz, DB 1961, 1621.

ders.

Grundlagen für die Anwendung und Auslegung des GWB, Betrachtung aus der Sicht des Nationalökonomen, BB 1962, 1013.

Günther

Wettbewerbsfreiheit und Unternehmertum, WuW 1958, 379.

ders.

Wettbewerbspolitik in einer freien Gesellschaft, WuW 1964, 118.

ders.

Die Kartellnovelle steht zur Diskussion, Marktwirtschaft 1973, Heft 3, S. 15.

Gutenberg

Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Band 2, 5. Aufl., Berlin/Göttingen/Heidelberg 1962.
Zit.: Grundlagen.

Hackenbracht

Preisdiskriminierung und Wirtschaftsverfassung, Section 2, Clayton Act und Art. 60 Montanvertrag als Beispiele, Bonn 1964.

Halbey

Das Merkmal Wettbewerbsbeschränkung in § 1 GWB - Für und Wider die Gegenstandstheorie, JurA 1970, 34.

Hansen

Zur Unterscheidung von bewußtem Paralleilverhalten und abgestimmten Verhaltensweisen in der kartellbehördlichen Praxis, ZHR 136 (1972), 42.

- Hayek Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in: Kieler Vorträge, herausgegeben von Erich Schneider, FN 56, Kiel 1960.
- Hefermehl/Huber/Seidenfus Kooperative Marktinformation, Kartellrechtliche und ökonomische Würdigung, Berlin/Bonn/München 1967.
Zit.: Verf. X in Kooperative Marktinformation.
- Heuss Aufeinander abgestimmtes Verhalten - Sackgasse und Ausweg, WuW 1974, 369.
- Hiersemann Marktinformation und Boykott. Eine Studie für den mittelständischen Handel und seine Zusammenschlüsse, WRP 1966, 294.
- ders. Marktinformationsverfahren und Wettbewerbsbeschränkung, NJW 1974, 289.
- Hintze Ende der Gegenstandstheorie zu § 1 GWB? MA 1975, 400.
- Hoffmann Zur Gegenstands-, Zweck und Folgetheorie in § 1 GWB, BB 1975, 628.
- Hoppmann Workable Competition als wettbewerbspolitisches Konzept, in: Festgabe für Theodor Wessels, 1975, S. 145 ff.
- ders. Preismeldestelle und Wettbewerb, WuW 1966, 97.
- ders. Open-Price-System und § 1 GWB - Bemerkungen zur Abhandlung mit dem gleichen Titel von Dr. Heinrich Maul, WRP 1966, 16.
- ders. Preismeldestellen: Kartelle oder Marktstatistik, WRP 1966, 300.

- Hoppmann Das Konzept der optimalen Wettbewerbsintensität, JbNST 179 (1966), 286.
- ders. Zum Schutzobjekt des GWB, in: Wettbewerb als Aufgabe, Bad Homburg v.d. H./ Berlin/Zürich 1968, S. 61 ff.
Zit.: Wettbewerb als Aufgabe
- ders. Die sogenannten Bagatellkartelle der "neuen Wettbewerbspolitik", DB 1970, 93.
- Huber Das Empfehlungsverbot - Eine kartellrechtliche Studie, Stuttgart 1959.
- Huebner Außerkartellrechtliche Einschränkungen des Kartellverbots, Köln 1971.
- Isay Geschichte der Kartellgesetzgebungen, Berlin 1955.
Zit.: Geschichte.
- Jäger Inhalt und Grenzen des Kartellbegriffs in § 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, Köln 1970.
- Kantzenbach Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 2. Aufl., Göttingen 1966.
Zit.: Die Funktionsfähigkeit.
- Kartte Ein neues Leitbild für die Wettbewerbspolitik, Köln/Berlin/München 1969.
Zit.: Leitbild.
- ders. Die Auslegung des § 1 GWB: Kartelle - Zusammenschlüsse - Gemeinschaftsunternehmen, WuW 1963, 565.
- ders. Kooperation in der Marktwirtschaft, BB 1969, 53.

- kersten Bewußtes Parallelverhalten - aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen - Kartellvertrag, WuW 1972, 69.
- Kilian Marktinformationsverfahren und Wettbewerbsbeschränkung, NJW 1974, 289.
- Klaue Zum gemeinsamen Zweck in § 1 des GWB, BB 1964, 538.
- Knöpfle Zum Wettbewerb im Sinne des § 1 GWB, WuW 1962, 159.
- ders. Der Rechtsbegriff Wettbewerb und die Realität des Wirtschaftslebens, Köln/Berlin/Bonn/München 1966.
- ders. Anmerkung zum Beschluß des BGH vom 29. 1. 1974 (Abgedruckt: NJW 1975, 788; NJW 1975, 986.
- Köhler, von Gefährliche Ideologie im Kartellrecht, NJW 1964, 2229.
- Krahe Markttransparenz und Betriebserfolg, WuW 1959, 179.
- ders. Kartellbegriff und Rechtssicherheit, WuW 1959, 615.
- ders. Empfehlungsverbot und Markttransparenz, WuW 1960, 477.
- ders. Preismeldesystem in Recht und Praxis, WuW 1961, 464.
- ders. Marktinformation in Theorie und Praxis, BB 1963, 922.

- Krane "Legalisierung" der Marktinformation?
DB 1964, 359.
- ders. Gemeinsame Marktinformation als Wett-
bewerbsregel?, BB 1965, 1433.
- ders. Freismeldestellen und Praxis, WuW
1966, 483.
- ders. Marktinformationsverfahren in kartell-
rechtlich zulässiger Gestaltung, WRP
1969, 475.
- Krieger Verstoßen Open-Price-Systems gegen das
Empfehlungsverbot?, Diss. Mainz 1963.
- ders. Preisaustauschverträge kein Karteller-
satz, DB 1964, 361.
- Kröger Kooperation außerhalb des Kartellge-
setzes, DB 1962, 1034.
- Kummer Anwendungsbereich und Schutzzeit der
privatrechtlichen Rechtssätze gegen
unlauteren und freiheitsbeschränkenden
Wettbewerb, Bern 1960.
- Langen Kommentar zum Kartellgesetz, Loseblatt-
ausgabe, 4. Aufl., Neuwied, Stand:
1. 2. 1967.
- Langen Anmerkung zum Urteil des BGH vom
26. 10. 1959 (Abgedruckt: NJW 1960,
145), NJW 1960, 630.
- Lieberknecht/Gnauk Zur kartellrechtlichen Beurteilung
von Wettbewerbsverboten in Personen-
gesellschaften, DB 1963, 1067.

- Lukes Der Kartellvertrag, München/Berlin 1954.
- ders. Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Festschrift Franz Böhm, Karlsruhe 1965, S. 119 ff.
Zit.: L. in F. S. Böhm.
- Lutz Bemerkungen zum Monopolproblem, ORDO VIII (1956), 14.
- Markert Kartellrechtliche Beurteilung von Freismeldeverträgen, DB 1963, 1455.
- ders. Nochmals: Informationsverträge in Großbritannien, WRP 1964, 152.
- ders. Freismeldeverträge und Oligopol, BB 1964, 62.
- ders. Legalisierung von Freismeldesystemen durch Wettbewerbsregeln, DB 1964, 410.
- ders. Gegenstandstheorie und Freismeldestelle ZHR 134 (1970), 53.
- ders. Freismeldestellen in England den Kartellen gleichgestellt, AWD 1970, 82.
- Martens Das Frühstückskartell - BGH, NJW 1971, 421 (Teerfarben), JuS 1971, 455.
- Maul Das Open-Price-System und § 1 GWB, Diss. Mainz 1964.
- ders. Das Open-Price-System und § 1 GWB, WRP 1965, 159.

- Nestmacker Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974.
- Metzinger Preisaustauschverträge auf Oligopolmärkten, DB 1964, 831.
- Metzner Kartelle und Kartellpolitik, Berlin 1926.
- Meyer-Cording Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 1962, 461.
- Möhring Besprechung von: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, herausgegeben von Müller-Henneberg u.a., NJW 1964, 1361.
- ders. Abgestimmtes Verhalten im Kartellrecht, NJW 1973, 777.
- Möschel Abschied von der Gegenstandstheorie in § 1 GWB?, NJW 1975, 490.
- Müller-Gries-Giessler Kommentar zum Kartellgesetz, Loseblattausgabe, Frankfurt, Stand: Oktober 1974.
- Müller-Henneberg Die Grundlagen der gemeinsamen Verkehrspolitik in der EWG, Bad Godesberg 1973.
Zit.: Verkehrspolitik.
- Ott Preistheorie, Köln 1965.
- Polips Markttransparenz in Theorie und Wirklichkeit, WuW 1964, 205.
- Pickel Preismeldestellen und Kartellverbot, BB 1963, 699.

- Plaßmann Rechtsbegriffe im Wettbewerbsrecht, JZ 1968, 81.
- Poeche Marktinformation und Unternehmenskooperation, WRP 1965, 348.
- Raiser Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in: Festschrift Deutscher Juristentag, 1960, S. 101 ff.
Zit.: F. S. Dt. Juristentag.
- Rasch-Westrick Wettbewerbsbeschränkungen, Kartell- und Monopolrecht, Kommentar zum GWB und Erläuterungen zum Europäischen Kartellrecht, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1972.
- Rautenberg Grenzen der Unzulässigkeit von Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1959, 2230.
- Heuß Die Intensitätsstufen der Abreden und die gentlemen-agreements, AcP 154 (1955), 485.
- Rinck Die Markttransparenz, Ein Rechtfertigungsgrund für vergleichende Werbung und Preismeldesysteme, BB 1962, 105.
- ders. Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1972.
Zit.: Wirtschaftsrecht, 3. Aufl.
- ders. Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., Köln/Berlin/Bonn/München 1974.
Zit.: Wirtschaftsrecht.
- Rittner Die Rechtssicherheit im Kartellrecht, WuW 1969, 65.

- Rittner Kooperation - ein Struktur- und Lenkungsprinzip der Wirtschaft, in: Schriften der Evangelischen Akademie in Hessen und Nassau, Heft 79 (1969), S. 21 ff.
Zit.: Kooperation.
- Röper/Erlingnagen Wettbewerbsbeschränkung durch Marktinformation?, Köln/Berlin/Bonn/München 1974.
Zit.: Verf. X, Wettbewerbsbeschränkung.
- Röpke Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Göttingen 1956.
- Ruge Abgrenzung des gentleman's agreement vom Kartellvertrag und Kartellbeschuß, WuW 1963, 690.
- Runge/Kohlhaas Das Recht der Kooperation, BB 1969, 250.
- Säcker Zur Berücksichtigung der Marktposition des Unternehmens im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen,
Teil 1: BB 1967, 681;
Teil 2: BB 1967, 1025.
- Sandrock Grundbegriffe des GWB, München 1968.
Zit.: Grundbegriffe.
- ders. Kritische Bemerkungen zum Entwurf für die zweite Kartellgesetznovelle, WuW 1969, 205.
- ders. Die zweite Kartellnovelle, BB 1973, 101.
- Sauter Das Verbot des abgestimmten Verhaltens im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BB 1973, 684.

- Schlegel Brauchen wir ein neues wettbewerbspolitisches Leitbild?, BB 1969, 656.
- Schmidt Markttransparenz als Voraussetzung für Wettbewerbsbeschränkungen, WuW 1963, 97.
- ders. Zum Begriff des Preiswettbewerbs nach § 16 GWB, WuW 1964, 120.
- ders. Neuere Entwicklungen in der Wettbewerbstheorie unter Berücksichtigung wachstumspolitischer Zielsetzungen, WuW 1966, 699.
- ders. US-amerikanische und deutsche Wettbewerbspolitik gegenüber Marktmacht, Berlin 1973.
Zit.: Wettbewerbspolitik.
- Schmitz Der Wettbewerbsbegriff im Kartellrecht, NJW 1961, 2089.
- Schmölders Ökonomische Verhaltensforschung, ORDO V (1953), 203.
- Schneider Einführung in die Wirtschaftstheorie, Band 2, 10. Aufl., Tübingen 1965.
Zit.: Einführung.
- Seydell Zur Systematik des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, NJW 1957, 1300.
- Sölter Nachfragemacht und Wettbewerbsordnung, 2. Aufl., Düsseldorf 1960.
Zit.: Nachfragemacht.

- Sölter Theorie und Praxis der Marktinformationsverträge, Kritische Bemerkungen zum neueren Schrifttum, WkF 1966, 194.
- ders. Grundzüge industrieller Kooperationspolitik, WuW 1966, 223.
- ders. Von der vollständigen Konkurrenz zum Strukturwettbewerb. Versuch einer Systematisierung der konstitutiven, regulativen und ordnungspolitischen Elemente des Wettbewerbs, WuW 1967, 100.
- ders. Das Rätsel Wettbewerb. Ein Beitrag zur Lösung entwickelt aus dem klassischen Punktmarkt und dem Börsenprinzip, in: 10 Jahre Kartellgesetz 1958-1968. Eine Würdigung aus der Sicht der deutschen Industrie, Bergisch-Gladbach 1968, S. 459 ff. Zit.: Rätsel.
- Spengler Eine Betrachtung zum Tätigkeitsbericht des BKartA für das Jahr 1959, WuW 1960, 757.
- Steindorff Der Begriff der Preisdiskriminierung im Recht der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl, RabelZ 21 (1956), 170.
- ders. Zur Novellierung des Kartellrechts, BB 1970, 324.
- ders. Zur Entwicklung des Europäischen Kartellrechts, ZHR 137, (1973) 203.
- Strickrodt Liefer- und Leistungsverträge unter den Wirkungen des Kartellverbots, WuW 1977, 11.

- Sünner Verstoßen Marktinformationsverträge (Preismeldesysteme) gegen das Kartellverbot des § 1 GWB, DB 1971, 24 8.
- Ullrich Zivilprozeß und Kartellverstoß, in: Festschrift E. Ulmer, Köln/Berlin/Bonn/München 1973, S. 521 ff.
Zit.: U in F. S. Ulmer.
- Ulmer Kartellvertrag und gentlemen's agreement. Zugleich eine Stellungnahme zur Schrift von Lukes, Der Kartellvertrag, WuW 1962, 3.
- ders. Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, Karlsruhe 1972.
Zit.: Verhaltensweisen.
- Walter Rabattwettbewerb und Rabattordnung in einer Wirtschaftsordnung funktionsfähiger Konkurrenz, Diss., Köln 1960.
- Westermann Einkaufszusammenschlüsse und Kartellgesetzentwurf, Karlsruhe 1956.
- Zimmermann Geschichte der theoretischen Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl., Köln 1961.
- Zolnhöfer Wettbewerbspolitik im Oligopol, Basel/Tübingen 1968.
- Dokumente 1. Arbeitsunterlage des Arbeitskreises Kartellrecht über die Tagung vom 28. und 29. 10. 1965.
2. Bericht des Bundeskartellamtes über Lage und Entwicklung auf seinem Aufgabengebiet (Tätigkeitsbericht) 1965, BT-Drs. V/530.

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Amtsbl.	Amtsblatt der Europäischen Gemein- schaften
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs- Beraters
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BKartA	Bundeskartellamt
BVerfG E	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
DV	Der Volkswirt

EGKS	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl
EinfG	Einführungsgesetz
EGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EGH E	Entscheidungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
EWG	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
F. S.	Festschrift
Fußn.	Fußnote
gem.	gemäß
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
im	im Sinne des/der
JbNSt	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik
JurA	Juristische Analysen
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
MA	Der Markenartikel
m.w.H.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
ORDG	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Rabelsz	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht

Ks	Rechtssache
TB	Tätigkeitsbericht
Tz	Textziffer
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht
Vorbem.	Vorbemerkung
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
WuW/E	WuW-Entscheidungssammlung zum Kartellrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht

Vorwort und Problemdarstellung

Adam Smith:

Angehörige der gleichen Branche treffen sich nur selten zu Lustbarkeiten und Zerstreuung, und die Unterhaltung endet für gewöhnlich in einer Verschwörung gegen das Gemeinwohl oder einer Preissteigerungsabsprache ¹⁾.

Adam Smith:

Keine Gemeinschaft von Gewerbetreibenden kann jemals eine wirksame Vereinigung gegen das Publikum schaffen, da alle solche Vereinigungen durch das partielle Interesse der beteiligten Individuen zersprengt werden ²⁾.

1) Zitiert nach Zimmermann, aaO, S. 106.

2) Zitiert nach Isay, Geschichte, S. 24.

Diese beiden Zitate zeigen, wie unterschiedlich die Beurteilung des Verhaltens von "Gewerbetreibenden" sein kann.

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen geht in seiner Konzeption davon aus, daß, um mit Adam Smith zu sprechen, eine "Gemeinschaft von Gewerbetreibenden" sehr wohl eine "wirksame Vereinigung gegen das Publikum" schaffen kann.

Das Bindeglied der Gewerbetreibenden untereinander muß dabei nicht unbedingt eine vertragliche Abmachung sein; sondern es gibt eine Vielzahl von Möglichkeiten der Koordination des Marktverhaltens. Eine davon ist die aufeinander abgestimmte Verhaltensweise.

Mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung des GWB ist auch dieses Phänomen in die Liste der Verbotstatbestände aufgenommen worden.

Es stellt sich daher die Frage nach dem Verhältnis von § 25 Abs. 1 zu § 1 GWB und den Konsequenzen, die sich für die Auslegung beider Vorschriften aus diesem Verhältnis ergeben. Dieses Problem am Beispiel der Freismeldestellen zu untersuchen, erscheint besonders geeignet, da sie vertraglich eingerichtet werden, jedoch Wirkungen auf dem Markt hervorrufen können, die von den Beteiligten vielleicht gar nicht beabsichtigt werden. Daraus folgt aber auch gleichzeitig, daß Handlungspflichten für die Beteiligten nicht vereinbart zu werden brauchen, wenn von Freismeldestellen spezifi-

sche Wirkungen auf den Wettbewerb ausgehen, da dann die erwartete Handlung aufgrund der Marktlage vorgenommen werden muß.

Festzustellen, ob derartige Wirkungen auftreten können und wie sie nach der Zweiten Kartellnovelle zu beurteilen sind, wird Aufgabe der vorliegenden Untersuchung sein.

1. Teil: Begriff und Arbeitsweise

§ 1 Der Begriff "Freismeldestelle"

A) Historische Betrachtung und Herkunft

Wenngleich das Phänomen der Freismeldestelle erst in jüngster Zeit in Deutschland von den Gerichten zu beurteilen war, ist es keine Erscheinung unserer Tage; es hat vielmehr seinen Ursprung in der amerikanischen Wirtschaftsgeschichte zu Beginn dieses Jahrhunderts. Zurückzuführen ist die Einrichtung auf den amerikanischen Verbandsanwalt A. J. Eddy ¹⁾. Nach seinen Vorstellungen, die er 1912 in der Monographie "The New Competition" veröffentlichte, war in dem Bemühen von Konkurrenten, den eigenen Gewinn auf Kosten seiner Mitbewerber zu erzielen, die moderne Form des Vernichtungskampfes zu sehen ²⁾. Ein solcher müsse mit allen sich daraus ergebenden Konse-

1) Pickel, BB 1963, 699 (700).

2) Vgl. insbesondere S. 347 ff.

quenzen abgelehnt und statt dessen eine Kooperation zwischen den Unternehmen erreicht werden ³⁾. Das Mittel dieser Zusammenarbeit sei die Offen-Preispolitik ⁴⁾. Die Durchführung sollte sich nach Eddy so vollziehen, daß sämtliche Konkurrenten einer Zentralstelle alle Geschäftsvorfälle meldeten, die ihrerseits berechtigt war, die gemeldeten Daten an die Interessenten weiterzuleiten.

Auf monatlichen Zusammenkünften sollten Anbieter und Nachfrager die Geschäftslage beider Seiten erörtern. Eddy meinte, daß damit der Übergang vom alten, "auf Täuschung beruhenden", zum neuen, vom "Geist der Wahrheit" ⁵⁾ erfaßten Wettbewerb erreicht werden könnte.

Diese als "cooperative competition" bezeichnete Form des Wettbewerbs entpuppte sich jedoch bald als "Kollektivmonopol und Zweckverband" ⁶⁾. Es zeigte sich, daß die idealen genossenschaftlichen Absichten bei denjenigen, die sich auf den Zusammenkünften trafen, nur vorgeschoben waren. Dies wird auch deutlich bei Max Metzner, der als Ausweg bei Schwierigkeiten der Kartellbildung eine Einrichtung empfahl, "die periodische Erhebungen über Beschäftigungsgrad,

3) Vgl. insbesondere S. 95 ff.

4) Siehe S. 274, 350, 125.

5) Eddy, aaO, S. 105.

6) Röper, Wettbewerbsbeschränkung, S. 24.

Lagerbestände, Aufträge, Vorräte usw. veranstalten, um so Angriffen von außen", gemeint ist wohl die Marktgegenseite, "rechtzeitig vorzubeugen" ⁷⁾.

B. Heutiges Verständnis

Diese von Eddy und Metzner vorgeschlagenen Zentralstellen könnten nach der heute üblichen Bezeichnungsweise als "Preismeldestellen" angesehen werden. Es ist jedoch festzustellen, daß der oben seiner Tätigkeit nach bezeichnete Tatbestand auch mit ganz anderen Termini umschrieben wird ⁸⁾.

So spricht das BKartA in seinem Tätigkeitsbericht für 1971 sowohl von "Preismeldeverfahren" als auch von "Markt"- ⁹⁾ und "Preisinformationsverfahren" wie von "Marktinformativverträgen" ¹⁰⁾. Sehr verbreitet ist auch die Bezeichnung "open-price-system" ¹¹⁾ oder "Preismeldestellen" ¹²⁾. Röper umschreibt dieses Phänomen neuerdings mit "Marktdaten-Informationssystem" ¹³⁾.

7) Metzner, aaO, S. 31.

8) Vgl. Menze, WRP 1964, 190.

9) Kilian, NJW 1974, 289, ist der Ansicht, daß der von Mestmäcker, Diss., S. 55 geprägte Begriff des Marktinformativverfahrens seit 1963 von der Industrie zur "Entschärfung" des Streits um die Zulässigkeit von Preismeldestellen und open-price-system wieder aufgegriffen wurde; ebenso Markert, ZHR 134 (1970) 53.

10) BT-Drs. VI/3570, S. 13 ff.

11) Sandrock, Grundbegriffe, S. 115.

12) Markert, ZHR 134 (1970) 53.

13) Röper, Wettbewerbsbeschränkung, S. 9.

- 3 -

C) Zum Streit um die Begriffe und Definition

Wenn hier für die Umschreibung des Tatbestandes das Wort "Preismeldestelle" verwendet wird, so geschieht dies lediglich, um damit eine Abgrenzung gegenüber einem allgemeinen Marktinformationsverfahren vorzunehmen, das Unternehmen über alle für die Beurteilung eines Marktes erheblichen Tatsachen, Ereignisse, Folgerungen, Werturteile, Erwartungen, Entschlüsse und Absichten unterrichten will ¹⁴⁾. Der Begriff der Preismeldestelle ist somit enger, da er nur einen Teilbereich des Marktinformationsverfahrens umfaßt.

Zum anderen muß der Begriff der Preismelde-
stelle gegenüber dem des Angebotsmeldeverfahrens
abgegrenzt werden ¹⁵⁾. Hierbei handelt es sich
um einen Tatbestand, der vornehmlich auf Märkten,
auf denen Ausschreibungen anzutreffen
sind, beobachtet werden kann ¹⁶⁾. Soweit in dem
Angebotsmeldeverfahren Preise und/oder preisbe-
stimmende Faktoren mitgeteilt werden, gelten
die folgenden Ausführungen auch hierfür.

Ausgehend von der Idee Eddy's soll unter einer
Preismeldestelle jede Einrichtung verstanden
werden, an die nur Information über den Preis
oder über preisbestimmende Daten oder über den

14) Vgl. Müller-Henneberg, in: GemK § 1
Anm. 120.

15) Vgl. Müller-Henneberg, in: GemK § 1
Anm. 124.

16) Diese Phänomen ist besonders unter dem
Stichwort "Submissionskartell" bekannt ge-
worden; vgl. hierzu Presseinformation des
BKartA vom 25. 6. 1973 in: WuW 1973, 682.

Preis und preisbestimmende Daten geneidet werden, damit diese anschließend wieder veröffentlicht werden können ¹⁷⁾.

Diese Definition ist sehr weit. Später wird sie daher einer Einschränkung bedürfen. Für die nachfolgende Untersuchung ist sie vorläufig jedoch brauchbar.

§ 2: Erscheinungsformen

Wie schon oben angedeutet wurde, fallen unter die Definition der Preismeldestelle eine ganze Reihe von Tatbeständen. Im folgenden soll daher versucht werden, diese zu systematisieren.

Die Einteilung der Preismeldestellen muß zweckmäßig nach der Art und Eigenschaft ihrer Beteiligten erfolgen, weil daraus Anhaltspunkte für die Zielsetzung der einzelnen Preismeldestellen ermittelt werden können.

A) Unternehmen verschiedener Branchen

Zum einen schließen sich Unternehmen verschiedener Branchen einer Preismeldestelle an. Die Beteiligten gehören dann meistens einer bestimmten Marktstufe an (z. B. Großhandel), wobei oftmals aus der Preisentwicklung auf dem einen "Großhandelsmarkt" Rückschlüsse für einen

17) Vgl. Markert, ZHR 134 (1970), 5. Fußn. 2; ähnlich Pickel, DB 1963, 699 (700), und Menze, Möglichkeiten, S. 31, die allerdings gewisse Einschränkungen machen (Identifizierung und Einzelfallmeldung).

anderen gezogen werden können. Weiterhin wird eine Preismeldestelle von Unternehmen betrieben, die alle einen Dritten beliefern.

B) Unternehmen einer Branche

Der häufigste Anwendungsfall lag in der Praxis bisher bei Unternehmen, die derselben Branche oder demselben Wirtschaftsverband angehörten. In der Regel sind 15-20 Marktteilnehmer an einer solchen Preismeldestelle beteiligt; Ausnahmen bilden lediglich die Preismeldestellen Echt-Pergament (2 Teilnehmer) ¹⁸⁾, Stahl-Rohrhandel (93 Teilnehmer) ¹⁹⁾ und Eisendraht (122 Teilnehmer) ²⁰⁾. Der Marktanteil der Preismeldestellen angeschlossenen Unternehmen betrug in den bisher bekanntgewordenen Fällen 30-100 % ²¹⁾.

Da diese Preismeldestellen bisher nur auf Anbieterseite beobachtet wurden, beschränkt sich die weitere Untersuchung auf diesen, für die Praxis aber wohl wichtigsten Fall. Sollten Preismeldestellen auch auf Nachfragerseite an-

18) Arbeitsunterlage des Arbeitskreises Kartellrecht vom 29. 10. 1965.

19) Röper, Wettbewerbsbeschränkung, S. 31.

20) Siehe Fußn. 18.

21) Nach Menze, DB 1973, 1029 (1031), sollten an einer Preismeldestelle 75-90 % der Lieferwerke, gemessen an ihrem Umsatz, beteiligt sein, "um ein befriedigendes Ergebnis zu erzielen".

getroffen werden, so gelten die nachfolgenden Ausführungen entsprechend ²²⁾.

Im einzelnen wurden Preismeldestellen auf folgenden Märkten bzw. für folgende Produkte festgestellt ²³⁾.

1. Aluminiumblockmetall	(2) 15/60 %
2. - guß	(2) 36/
3. - halbzeug	(2) 25/70 %
4. - schmelzlegierungen	(1)
5. Baustoffe	(3)
6. Drahtseile	(1)
7. Drähte	(3)
8. Echt-Pergamentpapier	(1) 2/
9. Eisenbahnschienen	(1)
10. Eisendraht	(1) 122/
11. Fahrradpedalen u.-naben	(2) 4/100 %
12. Federn für Schienenfahrzeuge	(1)
13. Fernmeldekabel	(2) 20/90 %
14. Flüssige Kohlensäure	(1)
15. Getränkeflaschen	(1)
16. Hartgewerbe	(3)

22) Daß Preismeldestellen bisher nicht auf Nachfragerseite beobachtet wurden, führt Menze, DB 1962, 341 (343) auf den Umstand zurück, daß es hier andere Möglichkeiten der Kooperation gibt; vgl. auch Sölter, Nachfragemacht, S. 9 f.; Fikentscher, WuW 1960, 680.

23) Quellen: (1) Arbeitsunterlage des Arbeitskreises Kartellrecht vom 29. 10. 1965; (2) Röper, Wettbewerbsbeschränkung, S. 31 ff.; (3) Maul, Diss., S. 31 FuBn. 2. Die Zahl vor dem Schrägstrich gibt die Anzahl der angeschlossenen Teilnehmer, die danach den Marktanteil der beteiligten Unternehmen an.

17. Heizöllagerbehälter	(2) 24/70 %
18. Isolierte Leitungen	(1)
19. Kaltwalzwerke	(3)
20. Konservendosen	(1) 6/82 %
21. Kunststoffe	(3)
22. Kurzwaren	(3)
23. Messing - Halbzeug	(1)
24. Metallreißverschlüsse	(2)
25. Papiersäcke	(1)
26. Phenolharzpreßmassen	(1)
27. Polsternägel	(2)
28. Präzisionsrohre	(1)
29. Reißbrettstifte	(2)
30. Rohre	(3)
31. Segeltuchösen	(2)
32. Schiffsketten	(1)
33. Schleifmittel	(3)
34. Schlösser und Beschläge	(1)
35. Schwerarmaturen	(1)
36. Schwermaschinen	(2)
37. Schwere Schmiedestücke	(1)
38. Sperrholz	(3)
39. Stahlbau	
40. Stahldraht	(1)
41. Stahlrohrhandel	(2) 93/
42. Starkstromkabel	(1)
43. Stickstoffdünger	(3) 5/80 %
44. Tubenhersteller	(2) 10/70 %
45. Ziehereien	(3)

Betrachtet man die Art der Produkte, deren Preise der Preismeldestelle mitgeteilt wurden, so kann festgestellt werden, daß sie ausnahmslos homogen und lagerfähig waren ²⁴⁾.

24) Ebenso Mestmäcker, Diss., S. 120; Brinkmann, Diss., S. 21 u. 35; Pickel, BB 1963, 699 (700).

C) Die Wirtschaftsinstitute

Eine Sonderstellung in dieser Systematisierung nehmen die Wirtschaftsinstitute ein, da sie sowohl Meldungen bestimmter Handels- bzw. Marktstufen entgegennehmen und die Ergebnisse danach sortiert wieder zurückmelden, als auch Unternehmen einer Branche mit gewonnenen Marktinformationen, insbesondere Preisen, betreuen ²⁵⁾.

§ 2 Rechtliche Organisation

Den vertraglich errichteten Freismeldestellen steht eine Vielzahl von Möglichkeiten der rechtlichen Organisation zur Verfügung.

A) Ringverträge

Zu der gebräuchlichsten Organisationsform gehört die hier als "Ringvertrag" bezeichnete Art ²⁶⁾. Danach schließen verschiedene Unternehmen untereinander einen Vertrag, in dem sie sich verpflichten, die nach den jeweiligen Gegebenheiten relevanten Daten einer Zentralstelle mitzuteilen. Gleichzeitig beauftragen sie einen Dritten, häufig einen Wirtschaftsberater, einen Rechtsanwalt oder ein Treuhandbüro, die bei ihm eintreffenden Daten an die Vertragsbeteiligten weiterzuleiten ²⁷⁾.

25) Siehe Druckschrift "Aufbau und Aufgaben" des IFO-Instituts für Wirtschaftsforschung, München 1972.

26) Merit, aaO, S. 10.

27) Vgl. Maul, Diss., S. 51; Krieger, Diss., S. 12.

Gehören die Unternehmen einem Verband an, so kann auch dieser den Rahmen für die Einrichtung der Preismeldestelle bieten. Häufig findet die Errichtung und Praktizierung ihre rechtliche Grundlage dann in einem dort gefaßten Beschluß.

B) Sternverträge

Neuerdings ist in der Praxis zu beobachten, daß von einer Person oder Institution das Angebot auf Informationsbeschaffung ausgeht ²⁸⁾ und sich sukzessiv verschiedene Angehörige bestimmter Branchen oder Markt- bzw. Handelsstufen zum Vertragsschluß bereitfinden, in dem sie sich verpflichten, eigene Daten mitzuteilen. Rechtlich gesehen liegt dann eine Vielzahl von Individualverträgen vor, nicht aber ein Vertrag zwischen den Marktteilnehmern.

§ 4 Der Zweck der Preismeldestellen

Der von den Beteiligten mit Errichtung der Preismeldestellen verfolgte Zweck kann verschiedener Art sein ²⁹⁾. Das Mittel zur Erreichung der jeweils angestrebten Ziele ist ihnen aber allen gemeinsam - die Schaffung von Markttransparenz. Als solche wird die konkrete Überschaubarkeit eines Marktes bezeichnet ³⁰⁾.

28) Vgl. Kooperationsbörse der vertraulichen Information der Curt L. Schmidt GmbH Detmold; Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft, Frankfurt (beide zitiert nach Runge/Kohlhaas, BB 1969, 250 (255 Fußn. 100).

29) Merle, aaO, S. 16.

30) Merle, aaO, S. 17.

A) Wettbewerbsförderung durch Schaffung
von Markttransparenz

I. Verhinderung "nicht schützenswerten Wett-
bewerbs"

In fast allen bisher bekannt gewordenen Fällen ist als Hauptzweck von den Beteiligten die Verhinderung unlauterer Ausspielungen durch die Marktgegenseite genannt worden, da diesem Tatbestand mit den üblichen zivil- und strafrechtlichen Mitteln nicht begegnet werden kann ³¹⁾.

Die Ausspielung von Marktteilnehmern mittels Vortäuschens nicht vorhandener Konkurrenzangebote wird von § 1 UWG nicht erfaßt, da sich diese Vorschrift nur auf Handlungen gegenüber Mitbewerbern untereinander bezieht ³²⁾.

Eine Verfolgung strafrechtlicher Art gemäß § 263 StGB werde in der Regel infolge mangelnder Nachweismöglichkeit der Vermögensschädigungsabsicht scheitern ³³⁾, oder, selbst wenn dieser Nachweis erbracht werden könnte, wird eine Anzeige mit Rücksicht auf bestehende oder zu erhaltende Geschäftsbeziehungen unterbleiben ³⁴⁾.

Eine solche Geschäftspraxis, bei der der Vertragsabschluß durch Täuschung herbeigeführt

31) Benisch, BB 1953, 728 (729); Krahe, WuW 1959, 179 (181).

32) Poeche, WRP 1965, 348 (349); and. A. Krahe, WuW 1961, 464 (466).

33) Benisch, BB 1953, 728.

34) Krahe, BB 1963, 922 (923); ders., DB 1964, 359 (361).

wurde, sei abzulehnen. Die Förderung von Markttransparenz könne solche Unlauterkeiten verhindern. Da aber die Förderung von Markttransparenz durch das Betreiben einer Preis-meldestelle erreichbar sei, könne die Preis-meldestelle ein probates Mittel zur Verhinderung dieser Ausspielungen sein ³⁵⁾.

Vielfach spielten sich die "Täuschungen" schon im Vorfeld des Vertragsschlusses ab. Daher sei es notwendig, auch abgegebene Angebote der Zentralstelle mitzuteilen. Mit Hilfe der Benennung der Nachfrager und Anbieter in der Meldung an die Zentralstelle könne dann sofort festgestellt werden, ob diesem Nachfrager von dem betreffenden Anbieter tatsächlich ein so günstiges Angebot unterbreitet wurde ³⁶⁾.

In der Tat dürfte es schwierig sein, diese Ausspielungen durch eine strafrechtliche Verfolgung gem. § 263 StGB zu verhindern. Das liegt aber nicht an der mangelnden Nachweis-möglichkeit der Vermögensschädigungsabsicht. Berücksichtigt man, daß Preismeldestellen mit dem Vorkommen von Ausspielungen begründet werden, so wird der Tatbestand des § 263 StGB vielmehr schon deshalb nicht in Frage kommen, weil es an der für § 263 StGB notwendigen Kausalität zwischen Irrtum und Vermögensverfügung fehlt. An der Kausalität wird es schon

35) Vgl. Behrens, WRP 1958, 105 (108); ders., WRP 1962, 27 (29); Krahe, WuW 1966, 483.

36) Behrens, WRP 1966, 194.

deshalb mangeln, da die Vermögensverfügung zum Zwecke des Geschäftsabschlusses und nicht wegen des Irrtums getätigt wurde. Darüber hinaus kann bei niemandem ein Irrtum erzeugt werden, der davon ausgeht, daß ihm gegenüber unrichtige Angaben über Preise gemacht werden.

Auch die Bezeichnung solcher Praktiken als "unlauter" erscheint nicht unbedenklich. Man könnte nämlich auch den Standpunkt vertreten, daß das Aushandeln von Preisen zu jedem Vertragsschluß gehört und man sich bei diesem Aushandeln durchaus des Mittels der Vortäuschung günstigerer Angebote bedienen dürfe ³⁷⁾.

Es erscheint auch keineswegs unbedingt erforderlich, Daten schon vor Vertragsschluß den Mitbewerbern über die Zentralstelle bekanntzugeben. Allein die Mitteilung tatsächlich erzielter Preise dürfte zur Verhinderung solcher Ausspielungen geeignet sein. Der "täuschende" Nachfrager wird durch die spätere Preismitteilung als solcher erkannt, da nun feststellbar ist, ob ein derartiger Preis im Markt war oder nicht. Zwar ist dann das in Frage stehende Geschäft schon getätigt, doch darf die Wirkung des Erkennens eines Kunden oder Lieferanten als "Lügner" nicht unterschätzt werden. Eine entsprechende Behandlung wird dieser Erkenntnis sicher folgen.

37) Vgl. Hoppmann, WRP 1966, 300 (304); er ist der Ansicht, daß ein Verhalten dann nicht unlauter sein kann, wenn es von Gesetz und Rspr. nicht verboten wird.

Ähnliches muß für die Identifizierung gelten. Um Ausspielungen zu erkennen und auf diesem Wege zu verhindern, ist es nicht erforderlich zu wissen, von wem ein Angebot gemacht wurde. Wenn man schon die Angebotsmeldung für notwendig hält, so genügt die Kenntnis der Tatsache, daß überhaupt ein solches existierte.

Auch die Benennung von Nachfragern erscheint nicht zur Verhinderung von Ausspielungen erforderlich. Sowohl das Wissen über bestehende Angebote als auch über Preise, zu denen es zum Vertragsschluß gekommen ist, ermöglicht dem einzelnen Marktteilnehmer die Feststellung, ob er von der Marktgegenseite getäuscht wird bzw. getäuscht worden ist. In beiden Fällen kann der entsprechende Anbieter sein zukünftiges Vorgehen schon allein aus der Kenntnis der Preise von der Frage abhängig machen, ob dieser Nachfrager das Vorliegen eines günstigeren Angebots vorgespielt hat ³⁸⁾. Es muß daher gefragt werden, ob die Angebotsmeldung und die Identifizierung tatsächlich nur genommen wird, um damit Ausspielungsversuche zu verhindern.

II. Förderung des Leistungswettbewerbs

Als weiteres Ziel des Betreibens einer Preis-meldestelle wird die Förderung des Leistungswettbewerbs angesehen. Da ein Vortäuschen

³⁸⁾ Behrens, WRP 1962, 27 (31).

günstigerer Konkurrenzangebote jetzt nicht mehr möglich ist, werde der Wettbewerb von Unlauterkeiten gesäubert und es könne auf diese Art und Weise ein echter Leistungsvergleich zwischen den Konkurrenten stattfinden. Somit diene die Errichtung und das Betreiben der Preismeldestelle der Ermöglichung eines echten Leistungswettbewerbs ³⁹⁾.

Zum anderen werde so erreicht, daß es zu einer Ausschaltung des Vernichtungswettbewerbs kommt. Vorstöße von Unternehmen in Richtung auf einen ruinösen Preiskampf könnten rechtzeitig erkannt und in entsprechender Weise beantwortet werden. Somit verhindere die Preismeldestelle einen ruinösen Wettbewerb ⁴⁰⁾.

Dagegen könnte man einwenden, daß die Gefahr einer "cut throat competition" auch durch das Betreiben einer Preismeldestelle nicht völlig gebannt werden kann. Derjenige, der einen anderen Marktteilnehmer aus dem Markt drängen will, brauchte eine Verpflichtung zur Meldung seiner Preise gar nicht erst einzugehen oder er könnte nach Abschluß eines Preismeldevertrages diesen kündigen. Man muß jedoch zugeben, daß die Kündigung einer Preismeldevereinbarung in Verbindung mit der Kenntnis anderer Daten aus dem Unternehmen den Verdacht aufkommen lassen könnte, Verdrängungswett-

39) Vgl. Krahe, WuW 1961, 464 (465);
Sölter, WuW 1966, 223 (247).

40) Merle, DB 1968, 537;
Sölter, WuW 1966, 223 (242).

bewerb werde geplant. Diesem Verdacht kann das Unternehmen aber dadurch aus dem Wege gehen, indem es andere als die tatsächlich berechneten Preise meldet ⁴¹⁾.

III. Förderung von Strukturwettbewerb

1. Begriff ⁴²⁾

Entscheidende Überlegung als Ausgangspunkt ist die Frage nach der Schaffung von stetiger Optimierung des Leistungspotentials durch Erreichen größerer Wettbewerbseinheiten auf dem Wege der Funktionsum- und Ausgliederung. Diese könne durch Zusammenarbeit einzelner Unternehmen erreicht werden. Erforderlich sei aber die Kenntnis von der Notwendigkeit einer Kooperation. Derartige Erfahrungen können in der Regel durch Marktinformation vermittelt werden. Die dafür notwendigen Daten könne man wiederum durch eine Preismeldestelle erhalten.

2. Förderung

Nach Sölter liegt die Förderung des Strukturwettbewerbs in der über die Preismeldestelle relativ schnell gewonnenen Erkenntnis, daß ein Unternehmen ein von ihm hergestelltes Produkt auf dem Markt

⁴¹⁾ Hoppmann, WRP 1966, 300 (304).

⁴²⁾ Begriffsprägung durch Sölter, Nachfrage-macht, S. 25, Fußn. 52 a; ders., Rätsel, S. 459; ders., WuW 1967, 100; ders., WRP 1966, 194.

nur zu einem Preis absetzen kann, der völlig unrentabel ist. Es wird dann überlegen müssen, ob es die Produktionskosten so weit senken kann, daß ihm der Verkaufspreis einen Gewinn beläßt, oder, ob es besser die Produktion der Ware aufgibt, weil eine Gewinnerzielung nicht möglich ist.

Als weitere Alternative bietet sich nun noch die Kooperation zwischen diesem und einem Niedrigpreisunternehmen an, etwa dergestalt, daß das erste die Produktionsmethoden des zweiten übernimmt.

Diese Zusammenarbeit zwischen den beiden Unternehmen zum Zwecke der Bildung optimaler Wettbewerbseinheiten ist das nach Sölter erstrebenswerte Ziel.

Wenngleich die Schaffung optimaler Wettbewerbseinheiten hier mit dem Begriff des Strukturwettbewerbs umschrieben wird, so liegen diesem zwei relativ einfache Vorstellungen zugrunde: einmal die Notwendigkeit einer Spezialisierung und zum anderen eine Argumentation im Sinne der Gegengewichtsthese. Wenn auf der einen Seite der Gedanke von der Spezialisierung von dem Bestreben einer gewissen Monopolisierung der eigenen Marktstellung ausgeht, beruht die Schaffung von Gegengewichten auf der Überlegung, durch Zusammenarbeit mehrerer Einzelunternehmen die Monopolwirkung marktstarker Unternehmen zu dämpfen. Der Begriff des Strukturwettbewerbs versucht beides

miteinander zu verbinden; die Spezialisierung im weitesten Sinne soll zu der Marktmacht verhelfen, die für eine Gegengewichtsbildung notwendig ist.

Inwieweit die Förderung von Strukturwettbewerb, d. h. also Förderung von Spezialisierung und Gegengewichtsbildung, wettbewerbspolitisch erstrebenswert ⁴³⁾ ist, kann hier nicht entschieden werden. Festzuhalten ist aber, daß durch die über die Preismeldestelle relativ schnell erreichbaren Daten das innerbetriebliche Nachdenken über Rationalisierung, Produktionseinstellung oder Kooperation wahrscheinlich früher einsetzen wird.

Allerdings kann auch der gegenteilige Effekt eintreten: Sofern man feststellt, daß Mitbewerber höhere Preise erzielen, wird man den Mangel z. B. im eigenen Vertrieb suchen und eine Rationalisierung gerade nicht forcieren. Das gilt auf jeden Fall dann, wenn die eigenen Preise kostendeckend sind; das Unternehmen wird dann eher geneigt sein, sich den Preisen der Mitbewerber anzupassen.

B) Wettbewerbsbeschränkung durch Schaffung von Markttransparenz

Von den Gegnern der Preismeldestelle werden vor allem zwei Aspekte angeführt: 1. die Preismeldestelle diene zur Schaffung eines Kartell-

43) Ablehnend vor allem Biedenkopf, WuW 1968, 3; Günther, WuW 1964, 118.

surrogats⁴⁴⁾; 2. sie werde entweder zur Kontrolle bestehender Absprachen benutzt oder sie soll den Rahmen für zukünftige Vereinbarungen liefern⁴⁵⁾.

Die erste These wird damit begründet, daß mit Hilfe der Förderung von Markttransparenz auf nur einer Marktseite ein Reaktionsverbund hergestellt werde. Wegen des gegenseitigen Wissens um die Preise werden Preisvorstöße sofort erkannt und in entsprechender Weise von den Mitbewerbern beantwortet. Die angestrebte Verbesserung der eigenen Marktposition könne also nicht erreicht werden⁴⁶⁾. Man werde daher solche Preisvorstöße von vornherein unterlassen. Der so geschaffene Reaktionsverbund könne so stark werden, daß selbst auf nicht oligopolistisch strukturierten Märkten oligopolistische Verhaltensweisen zu beobachten sein werden⁴⁷⁾. Gerade diese Wirkung der Förderung von Markttransparenz werde durch die Errichtung der Preismeldestelle bezweckt⁴⁸⁾. Das könne daraus gefolgert werden, daß auf Märkten, auf denen es überhaupt keinen Kontakt der Unternehmen untereinander gibt, Preismeldestellen gar nicht erst zustande kommen;

44) Baur, ZHR 134 (1970), 97 (120); Schmidt, DV 1964, 652.

45) Vgl. Menze, WuW 1958, 98 (102).

46) Statt vieler Steindorff, RabelsZ 21 (1956), 270 (273); Hoppmann, WuW 1966, 97 (111).

47) Vgl. EuGHE I, 37; Hackenbracht, aaO, S. 112.

48) Statt vieler Baur, ZHR 134 (1970), 97 (139); Schmidt, DV 1964, 652.

mit anderen Worten werden Preismeldestellen dazu begründet, um den Reaktionsverbund der Unternehmen untereinander zu verstärken ⁴⁹⁾. Zum anderen sei feststellbar, daß nach Einführung von Kartellverböten die Anzahl von Preismeldestellen sprunghaft ansteige ⁵⁰⁾, was als Indiz für die Richtigkeit dieser Argumentation mit berücksichtigt werden müsse.

Die Frage, ob Preismeldestellen nur zum Zwecke einer Wettbewerbsbeschränkung durch Schaffung von Markttransparenz errichtet werden, kann hier nicht beantwortet werden. Zu bedenken ist aber, daß jedes Unternehmen an der möglichst schnellen Erlangung von Marktdaten interessiert ist; zum anderen es aber auch ein Interesse an der Minderung von Wettbewerbsdruck hat.

Es wird daher zu untersuchen sein, ob das Betreiben einer Preismeldestelle tatsächlich einen derart starken Reaktionsverbund schafft, der dem Einzelunternehmen keinerlei Spielraum beläßt.

Zur zweiten These wäre zu sagen, daß sich eine Preismeldestelle sicherlich zur Kontrolle von Absprachen hervorragend eignet. Zwar wird

49) Brandt, ZHR 127 (1965), 200 (213);
Hoppmann, WuW 1966, 97; Säcker, BB 1967,
681.

50) Markert, DB 1963, 1455, berichtet, daß in England nach Einführung des Restrictive Practices Act 1956 etwa 150 Kartelle durch Informationsvereinbarungen ersetzt wurden.

niemand die Eignung einer Preismeldestelle zur Kontrolle von Preis- oder Rabattabsprachen leugnen können, der Zweck liegt dann aber nicht in einer Wettbewerbsbeschränkung, sondern eben in der Kontrolle. Auch die Eignung als Rahmen für zukünftige Absprachen läßt sich einer Preismeldestelle nicht absprechen. Wenn aber eine solche Eignung für die Annahme eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks ausreichen soll, so müssen auch ähnliche Organisationen wie Verbände und Arbeitsgemeinschaften mindestens gleichermaßen verdächtig erscheinen ⁵¹⁾.

§ 5 Arbeitsweise der Preismeldestellen

A) 1. Phase: Die Meldung

I. Adressat der Meldung

Unter Berücksichtigung von Aufgaben und Funktionen der Preismeldestellen, kann die Informationsbeschaffung durch direkte Weitergabe ⁵²⁾ von Preisen etc. an die Mitbewerber erfolgen. Die Zentralstelle hat dann nur den Zweck, die rechtliche Verpflichtung zur Meldung der einzelnen Beteiligten zu begründen ⁵³⁾. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um eine Preismeldestelle im Sinne der oben gefaßten

51) Behrens, WRP 1960, 57 (58).

52) Vgl. hierzu Röper, Wettbewerbsbeschränkung, S. 11.

53) Vgl. aber hierzu das Problem der sog. "Submissionskartelle", Fußn. 18.

Definition ⁵⁴⁾, da die Preismitteilung nicht an die Zentralstelle erfolgt.

Wird eine Zentralstelle zum Zwecke der Weitergabe der bei ihr eintreffenden Informationen zwischengeschaltet, so kann diese bei einem Mitbewerber wie auch als zentrale Stelle eingerichtet sein. Wegen der bisherigen geringen praktischen Bedeutung ⁵⁵⁾ der bei einem Mitbewerber eingerichteten Zentralstelle ⁵⁶⁾ soll hierauf nicht näher eingegangen werden.

Vielmehr war bisher die Meldung an eine neutrale (betriebsexterne) Zentralstelle üblich ⁵⁷⁾. Diese ist entweder bei einem Fachverband eingerichtet oder wird von einem Treuhandbüro unterhalten. Die Organisation des Treuhandbüros wird in der Regel von einem Wirtschaftsprüfer oder Rechtsanwalt übernommen. Das hat vor allem den Vorteil der Möglichkeit der "laufende (n) fachrechtliche (n) Betreuung" ⁵⁸⁾ wegen Art. 1 § 1 und § 5 RBerG.

54) Siehe S. 5.

55) Der Grund für die Nichtpraktizierung einer solchen Stelle könnte einmal darin gesehen werden, daß der mit der Führung der Zentralstelle betraute Mitbewerber gegenüber den anderen einen zeitlichen Informationsvorsprung hätte, zum anderen besteht die Gefahr der Veränderung der an die übrigen Konkurrenten weiterzuleitenden Daten.

56) Siehe Fußn. 52.

57) Röper, Wettbewerbsbeschränkung, S. 30; Behrens, Marktinformation, S. 18.

58) Präambel des MIV-Aluminium Halbzeug (s. Röper, Wettbewerbsbeschränkung, S. 37).

II. Inhalt der Meldung

Eine weitere Systematisierung der Preismeldestellen kann nach dem Inhalt der an die Zentralstelle zu richtenden Meldung erfolgen. Nach der oben vorgenommenen Definition ⁵⁹⁾ können Inhalt der Meldung Preise und/oder preisbestimmende Faktoren, wie Menge, Skonti, Rabatte sein. Da für die Preisfestlegung oftmals auch die Frage von Bedeutung ist, welchem Abnehmer ein bestimmter Preis berechnet wird, soll die Nennung der Nachfrager hier ebenfalls dazu gerechnet werden. Aber auch die Frage, wer den Preis gesetzt hat, kann ein preisbestimmender Faktor sein, da es nur bestimmten Unternehmen möglich sein wird, gerade diesen Preis in Rechnung zu stellen.

1. Preise

Mit Ausnahme der Nennung von Anbieter und Nachfrager umfaßt die Unterscheidung bei der Meldung von Preisen auch die preisbestimmenden Faktoren ⁶⁰⁾.

a) Hinterlegung von Preislisten

Eine technisch sehr einfach durchzuführende Art der Preismeldung ist die Hinterlegung von

⁵⁹⁾ Siehe S. 5.

⁶⁰⁾ Hier zeigt sich, daß die vorgenommene Systematisierung keineswegs abschließend sein kann, sondern es ist eine Unterscheidung auch nach anderen Gesichtspunkten möglich. In allen Fällen wird jedoch eine Überschneidung der einzelnen Gesichtspunkte unausweichlich sein.

Preislisten bei einer Zentralstelle. Diese Art der Information hat vor allem den Vorteil, daß die Preislisten in der Regel das gesamte Produktprogramm enthalten ⁶¹⁾.

Nach Hinterlegung der Preislisten wird dann nur noch eine weitere Meldung in zwei Fällen erforderlich:

aa) Meldung der Neueinführung

Sollte zu irgendeinem Zeitpunkt die Preisliste außer Kraft treten oder eine neue eingeführt werden, so wäre bei dieser Art der Preismeldestelle lediglich die Meldung des Erlöschensdatums bzw. die Übersendung der neuen Preisliste erforderlich.

bb) Meldung der Abweichung ⁶²⁾

Von Abweichung soll in diesem Zusammenhang dann gesprochen werden, wenn zwar grundsätzlich die in der Liste verzeichneten Preise eingehalten werden, aber bei bestimmten Arten von Geschäften, die schon in der Preisliste genannt sind, oder im Einzelfall der Preis anders berechnet wird.

61) Vgl. BKartA, BB 1969, 1501 (Stickstoffdünger).

62) Vgl. BKartA, BB 1969, 1501 (Stickstoffdünger).

(1) Generell bei bestimmten Arten von
Geschäften

Im Falle der generellen Abweichung bei bestimmten Geschäften, z. B. ab einer gewissen Menge, kann der Preis für ein solches Gebot schon in der Preisliste enthalten sein. Dann bedarf es nur der Meldung, daß ein Abschluß der betreffenden Art geplant oder durchgeführt ist. Sollte die Preisliste diesen Preis für bestimmte Mengen nicht enthalten, so wäre auch eine Information über den entsprechenden Preis erforderlich.

(2) Bei Einzelgeschäften

Es ist aber auch möglich, daß die Preisliste zwar vorsieht, daß Abweichungen vorgenommen werden können, nicht aber unter welchen Voraussetzungen besondere Vergünstigungen gewährt werden. Dann müßte die Meldung diesen im Einzelfall vorgesehenen oder festgelegten Preis enthalten ⁶³⁾.

b) Einzelpreise

Neben der Hinterlegung von Preislisten besteht auch die Möglichkeit der Einzelpreismeldung. Dabei werden der Zentralstelle in jedem Einzelfall, d. h. im Zusammenhang mit jeder Geschäftsbeziehung, die Preise und/oder die preisbestimmenden Faktoren mitgeteilt.

63) Vgl. BKartA, BB 1969, 1501 (Stickstoffdünger); KG, BB 1973, 303 (Halbzeug).

2. Benennung von Anbieter und Nachfrager

Da nicht nur die Namen der Anbieter, sondern auch die der Nachfrager für die Frage der von ihnen berechneten bzw. in Rechnung zu stellenden Preise von Bedeutung sind, werden sie häufig zum Inhalt der Meldung gemacht.

Die Benennung der Anbieter ⁶⁴⁾ ist sowohl bei der Übermittlung von Einzelpreisen als auch bei Preislistenhinterlegung möglich. Im letzteren Fall tritt dann oft die Verpflichtung hinzu, bekanntzugeben, wer von seiner Preisliste abweichen will.

Sind Preislisten hinterlegt worden, werden die Nachfrager nur bekannt, wenn von ihnen abgewichen werden soll. Bei der Meldung von Einzelpreisen sind die Namen der Nachfrager, denen die Preise in Rechnung gestellt werden sollen, meistens schon enthalten.

Die Möglichkeit der Vereinbarung einer Pflicht zur Benennung von Anbieter und Nachfrager ⁶⁵⁾ ist abhängig von der Wahl des verabredeten Meldezeitpunkts und der Frage, ob

64) So im Fall Stickstoffdünger, s. Fußn. 61.

65) So in den Fällen Halbzeug, s. Fußn. 63 und Tuben, KG, BB 1972, 1241.

Preislisten hinterlegt sind oder Einzelpreise gemeldet werden.

III. Zeitpunkt der Rückmeldung

Von entscheidender Bedeutung zur Erreichung des Zwecks der Preismeldestelle ist der Zeitpunkt, an dem die Mitbewerber die Rückmeldung von der Zentralstelle erhalten. Da dieser aber notwendigerweise nicht vor dem Zeitpunkt der Meldung liegen kann, kommt auch diesem besondere Relevanz zu.

Wegen der möglicherweise verschiedenartigen Bearbeitung soll auch hier unterschieden werden, ob Preislisten hinterlegt werden oder Einzelpreismeldung erfolgt.

Bei der Darstellung unter Berücksichtigung des Meldezeitpunktes wird davon ausgegangen, daß ertraglich ein bestimmter Zeitpunkt festgelegt ist, da es unsinnig wäre, es den Beteiligten zu überlassen, wann sie ihre Meldung vornehmen.

Die im folgenden vorgenommene Unterscheidung hat daher den Zweck, nach den möglichen vertraglichen Meldezeitpunkten zu systematisieren.

1. Bei Hinterlegung von Preislisten

Hier muß unterschieden werden:

a) die Meldung der Neueinführung

Sie kann vor, bei und nach Inkrafttreten der neuen Preisliste an die Zentralstelle erfolgen.

Liegt der Meldezeitpunkt vor oder nach dem Inkrafttreten, können die Beteiligten verpflichtet sein, eine bestimmte Zeitspanne, sog. "waiting period", einzuhalten.

Die Vereinbarung, die Beteiligten zu verpflichten, Neueinführungen zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens zu melden, dürfte recht selten sein, da es in der Praxis allgemein üblich ist, den Nachfragern die neue Preisliste schon einige Zeit zuvor zugänglich zu machen.

b) die Meldung der Abweichung

Auch bei der Meldung der Abweichung von einer Preisliste, sei es bei genereller Abweichung bei bestimmten Geschäften oder bei Abweichungen im Einzelfall, können drei verschiedene Zeitpunkte infrage kommen:

bei Abgabe des Angebots, bei oder nach Vertragsschluß. Ist in der Preisliste die Möglichkeit der Abweichung von vornherein vorgesehen, so muß für den Fall, daß eine Angebotsmeldung zu erfolgen hat, nur noch die Tatsache der Angebotsabgabe mitgeteilt werden; anderenfalls wird der Zentralstelle das Angebot selbst zur Kenntnis gebracht. Besteht die Pflicht zur Meldung bei Vertragsschluß, so werden in der Praxis meist die Vertragsunterlagen übersandt.

Hierzu ergibt sich kaum ein Unterschied, wenn eine Meldepflicht nach Vertragsschluß besteht, da dann in beiden Fällen die Daten erst bei der

Zentralstelle eintreffen, wenn das Geschäft getätigt ist. Lediglich wenn zusätzlich die Einhaltung einer Zeitspanne vereinbart wurde, würde die Meldung bei der Zentrale erst nach Ablauf dieses Zeitraums eintreffen können.

2. Bei Einzelpreismeldung

Anders als bei der Hinterlegung von Preislisten, bei der der Zeitpunkt der Meldung vor Inkrafttreten der neuen Preisliste liegen kann, ist es bei der Einzelpreismeldung. Diese kann erst erfolgen, wenn sich zumindest in dem betreffenden Unternehmen der Wille zu einer bestimmten Preisbildung gefestigt hat, es sei denn, daß eine Meldung über eine Preisänderung um einen gewissen Prozentsatz zu einem bestimmten Zeitpunkt unterrichten soll.

Insofern besteht eine Parallele zu dem eben Untersuchten.

Auch bei der Einzelpreismeldung gibt es drei Zeitpunkte, zu denen die Meldung erfolgen kann: vor ⁶⁶⁾, bei und nach ⁶⁷⁾ Vertragsschluß.

Für den ersten Fall hat in der Praxis auch hier derjenige Zeitpunkt Bedeutung, zu dem ein Angebot abgegeben wird. Dies dürfte unter anderem an der Schwierigkeit liegen, einen anderen Zeitpunkt zu wählen, der hinreichend bestimmt ist.

66) So im Fall *Tuben*, s. *FuBn.* 65 wohingegen nach *Eddy*, aaO, S. 120, nur "past prices" gemeldet werden sollten.

67) So im Fall *Halbzeug*, s. *FuBn.* 63.

Ein Unterschied zwischen einer Meldung bei und nach Vertragsschluß ergibt sich ebenso nur dann, wenn die Einhaltung einer Zeitspanne vorgesehen ist.

B: 2. Phase: Die Auswertung

(Die Tätigkeit der Zentralstelle)

Die bei der Zentralstelle eintreffenden Meldungen können dort ganz unterschiedlich behandelt werden. Einmal besteht die Möglichkeit der unbearbeiteten Weitergabe, zum anderen kann eine Aufbereitung und statistische Erfassung der einzelnen Meldungen erfolgen.

I. Die nichtstatistische Auswertung ⁶⁸⁾

Bei der nichtstatistischen Auswertung kann die Zentralstelle durch die Nichtzusammenfassung der Meldungen nach bestimmten Gesichtspunkten einen späteren Einblick in die einzelnen gemeldeten Geschäftsvorfälle geben. Sie ist insbesondere dann in der Lage, derart detaillierte Informationen den Beteiligten zu verschaffen, wenn sich ihre Tätigkeit auf eine Vervielfältigung und ausschließende Weiterleitung beschränkt, oder die an einem Tage gemeldeten Geschäftsvorgänge auf ein Formblatt übertragen werden, das dann versandt wird.

68) Krieger, Diss., S. 9.

II. Das statistische Verfahren ⁶⁹⁾

Unter statistischem Verfahren soll hier eine Auswertung der eingegangenen Meldungen nach bestimmten Gesichtspunkten verstanden werden. Ein solcher Gesichtspunkt könnte beispielsweise die Häufigkeit eines bestimmten Preises im Markt sein ⁷⁰⁾. Die Aufgabe der Zentralstelle bestünde dann lediglich im Zählen der Geschäftsvorgänge zu diesem Preis.

1. Erfassung von Tiefst- und Höchstpreisen

Ein anderes Kriterium der statistischen Aufbereitung ist die Erfassung von Tiefst- und Höchstpreisen, womit eine Kennzeichnung der gesamten Breite des derzeitigen Preisniveaus erfolgt. Zu dieser Auswertung könnten zusätzlich die zugehörigen Mengen zur Beurteilung des Marktgewichts Berücksichtigung finden.

2. Erfassung von Durchschnittspreisen

Weiterhin kann eine Errechnung von Durchschnittspreisen stattfinden. Dies kann mit und ohne Gewichtung erfolgen. Die Gewichtung mag hier so aussehen, daß z. B. die Durchschnittspreise für die Abnahme bestimmter Mengen (1000, 5000, 10.000 Stück) ermittelt werden, oder aber der Durchschnittspreis unter

⁶⁹⁾ Menze, DB 1973, 1029.

⁷⁰⁾ Vgl. Poeche, WRP 1965, 348 (354).

Berücksichtigung der Menge gewichtet wird. Hier wäre als Beispiel anzuführen der Verkauf von 10.000 Stück, 5.000 á 1.- DM, 2.500 á 2.- DM, 2.000 á DM 3.-. Der Durchschnittspreis würde sich hier errechnen aus

$$\begin{aligned} p_d &= \frac{m_1 \times p_1 + m_2 \times p_2 + m_3 \times p_3}{m_1 + m_2 + m_3} \\ &= \frac{5.000 + 5.000 + 7.500}{10.000} = 1,75 \end{aligned}$$

Zu bedenken ist ferner die Möglichkeit der Kombination beider Verfahren ⁷¹⁾.

C: 3. Phase: Die Rückmeldung

I. Inhalt der Rückmeldung

Der Inhalt der Rückmeldung ist notwendigerweise vom Informationsgehalt der Meldung und der anschließenden Auswertung abhängig. So ist es beispielsweise möglich, daß bei Einzelpreismeldung und statistischer Auswertung die Rückmeldung nur noch eine Statistik enthält. Bei unbearbeiteter Weitergabe würden hingegen die einzelnen Geschäftsvorfälle den Mitbewerbern bekannt. Bezüglich der Benennung

71) So im Fall Alu-Blockmetall, wo die Preise differenziert nach einer Mengenstaffel zurückgemeldet wurden (BB 1972, 236).

von Anbieter und Nachfrager könnte unterschieden werden, ob diese den Konkurrenten mitgeteilt werden oder nur der Zentralstelle bekanntzugeben sind. Eine Nichtmitteilung trotz vorheriger Meldung ist nicht sinnlos, da diese Angaben zu einer Überprüfung der korrekten Arbeitsweise der Zentralstelle notwendig sein können ⁷²⁾.

II. Arten bzw. Zeitpunkt der Rückmeldung

Auch die Art bzw. der Zeitpunkt der Rückmeldung ist abhängig von dem Zeitpunkt der Meldung und der Frage, ob die Zentralstelle die eingegangenen Daten aufbereitet oder nicht.

1. Das nichtstatistische Verfahren

Beim nichtstatistischen Verfahren wird den Mitbewerbern Einblick in die einzelnen Geschäftsvorfälle gegeben. Das kann durch Abfragen bestimmter Daten bei der Zentralstelle erfolgen, oder die Zentralstelle leitet die ihr bekannten Informationen automatisch weiter.

a) Auf Anfrage ⁷³⁾

Die Rückmeldung, die nur auf Anfrage erfolgt, hat vor allem den Vorteil, daß der Mitbewerber genau die Auskünfte erhält, die er zu diesem

72) Vgl. Alu-Blockmetall, s. Fußn. 71.

73) Vgl. Halbzeug, s. Fußn. 67.

Zeitpunkt bekommen möchte. So könnte beispielsweise das Unternehmen U_1 bei der Zentralstelle nachfragen, ob das Unternehmen U_x dem Nachfrager N_x ein ganz bestimmtes Angebot gemacht hat, wenn der Zentralstelle derartige Daten zu melden sind.

b) Ohne konkrete Anfrage

Eine andere Möglichkeit der Rückmeldung ist die automatische Unterrichtung der dem Verfahren angeschlossenen Mitbewerber.

Entscheidend ist hierbei auch wieder der Zeitpunkt, an dem die Rückmeldung erfolgt. Dabei gibt es im wesentlichen drei Alternativen:

aa) Sofort nach Eingang der Meldung

Erstens kommt eine Rückmeldung sofort nach Eingang der Meldung in Betracht, wobei zu berücksichtigen ist, daß bei Übertragung der Meldungen auf Formblätter bzw. Vervielfältigung von Arbeitsunterlagen Zeit benötigt wird ⁷⁴⁾.

bb) Innerhalb einer Frist nach Eingang der Meldung

Aufgrund des Vertrages kann die Zentralstelle auch verpflichtet sein, die Rückmeldung innerhalb einer bestimmten Frist nach Eingang der

74) Im Fall Alu-Blockmetall täglich, s. Fußn. 71; Stickstoffdünger an jedem Werktag, s. Fußn. 64.

Meldung vorzunehmen, die in der Regel nur wenige Tage beträgt ⁷⁵⁾.

cc) Periodisch

Ferner kann eine periodische Rückmeldung erfolgen. Es würden dann die innerhalb einer Woche eingehenden Meldungen gesammelt, und danach an die Mitbewerber weitergeleitet werden. Dieses Verfahren hätte vor allem den Vorteil, daß die Zentralstelle die ihr bekanntwerdenden Trends den an dem Verfahren Beteiligten bekanntgeben könnte.

2. Das statistische Verfahren

Das statistische Verfahren zeichnet sich durch eine Zusammenfassung von Geschäftsvorfällen nach bestimmten Gesichtspunkten aus ⁷⁶⁾. In jedem Fall ist hierfür ein bestimmter Beobachtungszeitraum nötig. Dieser kann einen Tag, eine Woche, einen Monat, ein Jahr oder noch länger betragen. Außerdem können die Statistiken Gewichtungen enthalten ⁷⁷⁾.

3. Das Verfahren der Praxis

In der Praxis häufig zu beobachten ist eine Kombination beider Verfahren ⁷⁸⁾.

75) Siehe Tubenfall, s. FuBn. 65.

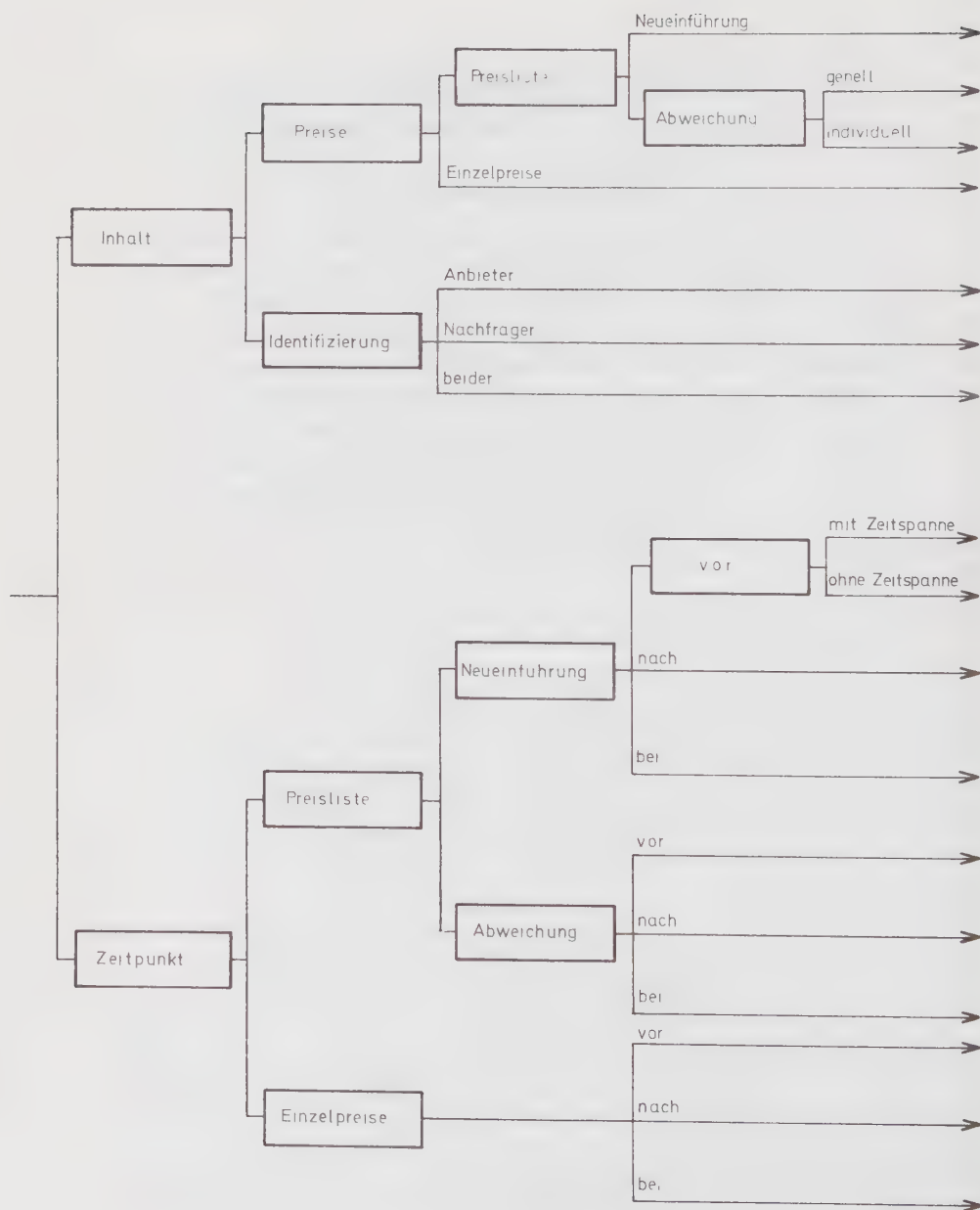
76) Im Fall Alu-Blockmetall war es die Menge, s. FuBn. 71.

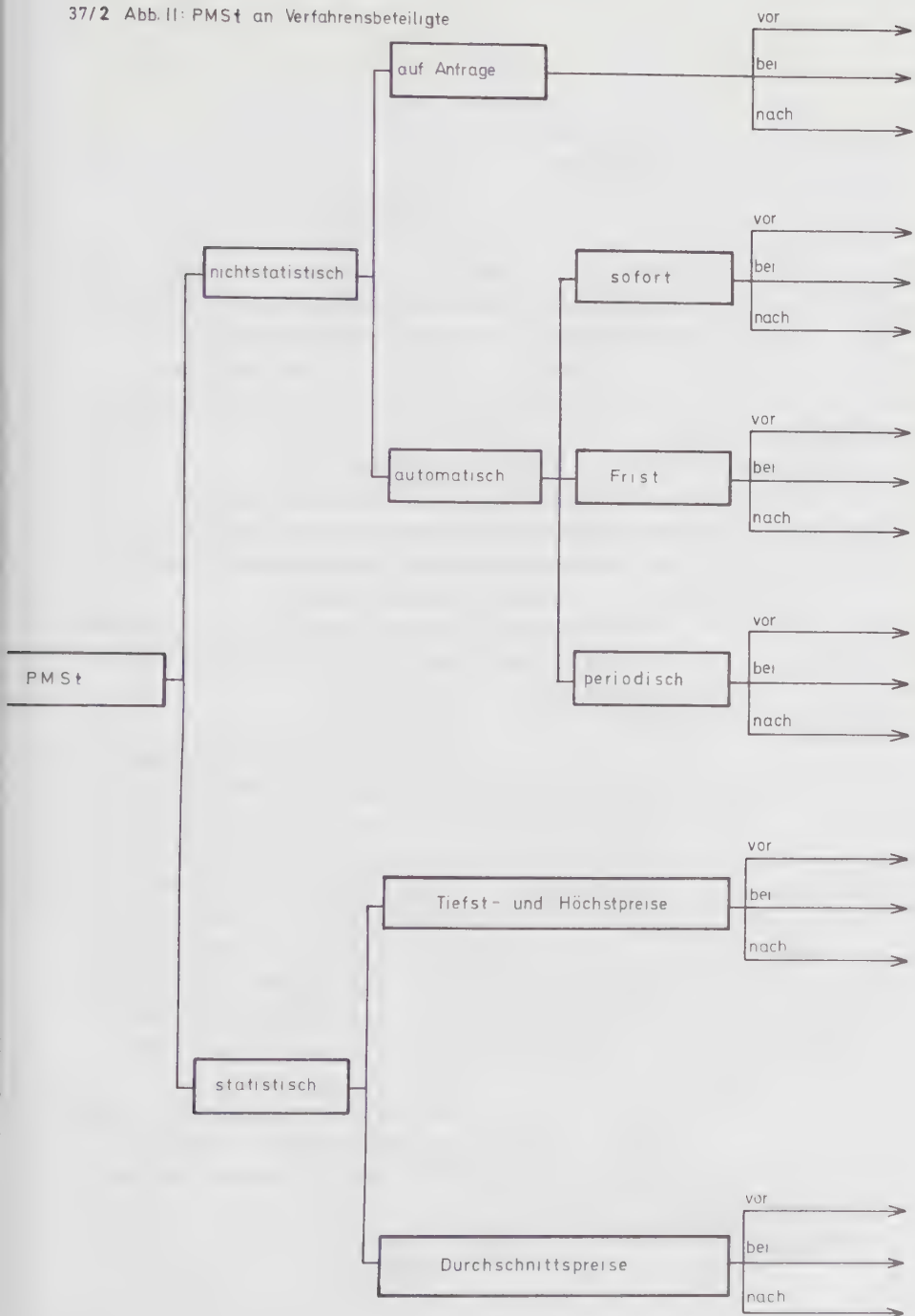
77) S. Poeche, WRP 1965, 348 (354).

78) Hiersemann, NJW 1974, 289.

Auf der einen Seite werden von der Zentralstelle die einzelnen Geschäftsvorfälle mitgeteilt; zum anderen werden sie gleichzeitig zu Statistiken zusammengefaßt.

Wie die nachfolgenden Graphiken zeigen sollen, gibt es eine Vielzahl von Kombinationsmöglichkeiten. Abbildung I verdeutlicht, welche Informationen jeder Mitbewerber der Zentralstelle liefern kann, während Abbildung II die Möglichkeiten der Preismeldestellen veranschaulichen soll, die erhaltenen Daten weiterzugeben. Aus diesen Möglichkeiten ergeben sich - ohne Überprüfung der praktischen Relevanz - 306 Kombinationen.





2. Teil : Wirkung der Preismeldestellen auf den Wettbewerb

§ 1: E i n l e i t u n g

Während der erste Teil dazu diente, den Gegenstand der Untersuchung zu bestimmen, soll im zweiten Teil herausgefunden werden, welche Wirkung die Errichtung bzw. das Betreiben einer Preismeldestelle auf den Wettbewerb hat.

Dabei wird festzustellen sein, wie "der Markt" auf die Einführung der Preismeldestellen reagiert und welche Reaktionen bei den ihr angeschlossenen Wettbewerbern hervorgerufen werden.

Wegen der praktischen Relevanz von Preismeldestellen auf Anbieterseite wird sich die Untersuchung hierauf beschränken.

Im Hinblick auf die rechtliche Beurteilung stellt sich die Frage, ob sie unter Beachtung der von den Betreibern angestrebten Ziele generell wettbewerbsfördernd oder geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen. Stellen sich nach Einführung der Preismeldestellen Gesetzmäßigkeiten im Verhalten der angeschlossenen Marktteilnehmer heraus, muß geklärt werden, ob sie für dieses Phänomen spezifisch sind.

Zur Erreichung ihrer Ziele bedienen sich alle Betreiber einer Preismeldestelle desselben Mittels: der Verbesserung von Markttransparenz

auf ihrer Marktseite bezüglich der auf S. 5 genannten Daten.

Wie Fragestellung muß daher lauten, welche Wirkung hat die Förderung einer so definierten Markttransparenz auf den Wettbewerb?

Nicht zuletzt wegen der auf S. 37/I und 37/II genannten Vielzahl von Kombinationsmöglichkeiten existieren gesicherte Erfahrungssätze über die Wirkungsweise der Preismeldestelle auf den Wettbewerb nicht ¹⁾. Demnach können die Wirkungsweisen nur aufgrund von Überlegungen beschrieben werden, die auf Modellannahmen beruhen.

§ 2: Das Modell des vollkommenen Wettbewerbs

In der Literatur wird teilweise die These vertreten, daß die Förderung von Markttransparenz immer wettbewerbsfördernd sei. So vertritt Rinck die Auffassung, ohne Markttransparenz sei Wettbewerb gar nicht möglich, Markttransparenz fördere also den Wettbewerb ²⁾. Menze ist der Ansicht, daß unter dem Gesichtspunkt des Wettbewerbs eine möglichst vollkommene Markttransparenz wünschenswert sei ³⁾. Dieser These liegt das Modell des vollkommenen Wettbewerbs zugrunde.

1) Vgl. BGH NJW 1975, 788 (789).

2) Rinck, BB 1962, 104; allerdings mit der Einschränkung, daß nur beidseitige Markttransparenz den Wettbewerb fördert; ebenso im Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., TZ 763.

3) Menze, DB 1962, 341 (344).

A) Definition des Modells des vollkommenen Wettbewerbs auf einem unbeschränkt vollkommenen Markt

Das Modell des vollkommenen Wettbewerbs auf einem unbeschränkt vollkommenen Markt hat folgende Voraussetzungen ⁴⁾:

1. Unternehmer und Verbraucher verhalten sich rational im Sinne der Gewinn- bzw. Nutzenmaximierung.
2. Es bestehen keine sachlichen, persönlichen, räumlichen oder zeitlichen Präferenzen der Anbieter und Nachfrager ⁵⁾.
3. Es bestehen keine Friktionen auf dem Markt, d. h. völlige Transparenz des Marktes, volle Teilbarkeit und Beweglichkeit der Produktionsfaktoren und der produzierten Güter.
4. Es gibt keine Zutrittsbeschränkungen für Anbieter und Nachfrager sowie volle Freiheit des Kontraktabschlusses.
5. Die Reaktionsgeschwindigkeit von Anbietern und Nachfragern auf Änderungen von Marktdaten ist unendlich.
6. Es erfolgen keine staatlichen Eingriffe in den Preisbildungsprozeß.

4) Insbes. Schmidt, WuW 1964, 120 (121).

5) Nach Schmidt, WuW 1964, 120 (121) sind die Güter dann homogen.

7. Der Marktanteil von Anbietern und Nachfragern ist jeweils gleich groß und so gering, daß sie durch ihr Verhalten den Preis nicht beeinflussen können.

(Zahl der Anbieter und Nachfrager = ∞ ; Anbieter und Nachfrager verhalten sich daher als Mengenanpasser - Der Preis ist Datum und die Menge Aktionsparameter -).

Bei vollkommenem Wettbewerb auf einem unbeschränkt vollkommenen Markt kann sich nach dem "law of indifference" von Jevons nur ein einheitlicher Preis für ein bestimmtes Gut bilden. Ein solcher vollkommener Wettbewerb existiert in der Realität höchstens in angenäherter Form an der Börse oder börsenähnlich organisierten Märkten.

B) Kritik

Da im Modell des vollkommenen Wettbewerbs der Preis für die Mitbewerber ein Datum ist, haben verschiedene Autoren bestritten, daß es sich bei diesem Modell überhaupt um Wettbewerb handelt ⁶⁾. Dieser Streit soll hier jedoch nicht aufgegriffen werden.

Im Modell des vollkommenen Wettbewerbs auf einem unbeschränkt vollkommenen Markt kann es wegen der dritten Voraussetzung und Jevons' Gesetz keine Preismeldestelle geben.

6) Vgl. Lutz ORDO VIII (1956), 19 (30 und 31); Röpke, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften 41. Lieferung, S. 33, Punkt 3; Knöpfle, WuW 1962, 159 (175); Ott, Preistheorie, S. 224.

Besteht nämlich völlige Transparenz auf einem Markt, bedarf es keiner Einrichtung, die die Transparenz fördert. Existiert darüber hinaus nur ein Preis, wäre es unsinnig diesen einem anderen mitzuteilen.

Die Wirkung der Preismeldestelle auf den Wettbewerb kann daher nicht mit Hilfe des Modells vom vollkommenen Wettbewerb erklärt werden. Eine Analyse ist nur möglich, wenn der Wettbewerb unvollkommen ist.

§ 3: Das Modell des unvollkommenen Wettbewerbs

A) Definition des unvollkommenen Wettbewerbs

Dem Modell des Wettbewerbs auf unvollkommenen Märkten liegen folgende Voraussetzungen zugrunde ⁷⁾:

1. Die Unternehmen verhalten sich nicht immer rational im Sinne der kurzfristigen Gewinnmaximierung, da dieses Ziel mit anderen kollidiert (Streben nach Sicherheit; Bestreben new comers nicht durch zu hohe Gewinne anzulocken); es gilt daher das Prinzip der langfristigen Gewinnmaximierung ⁸⁾.
2. In der Realität gibt es sachliche, räumliche, persönliche und zeitliche Präferenzen.

7) Schmidt, WuW 1964, 120 (125); WuW 1963, 97 (99).

8) A. A. Galbraith, Industrial State, S. 150 geht von einer langfristigen Umsatzmaximierung aus. Unter Beachtung der Gewinn- und Liquiditätsnebenbedingung.

3. Die Markttransparenz ist unvollkommen, die volle Teilbarkeit und Beweglichkeit der Produktionsfaktoren und der produzierten Güter ist nicht gewährleistet.
4. Der Zutritt zum Markt ist beschränkt durch Patente, Konzessionen, ökonomische Hemmungen, die Höhe des erforderlichen Kapitals etc.; die volle Freiheit des Kontraktabschlusses muß jedoch gewahrt bleiben (keine Kartelle).
5. Die Reaktionsgeschwindigkeit ist kleiner als unendlich.
6. Es erfolgen keine Staatseingriffe in den Preisbildungsprozeß.
7. Die Anzahl der Anbieter ist kleiner als unendlich und ihr Marktanteil unterschiedlich; die Zahl der Nachfrager wird jedoch weiterhin als unendlich angenommen ⁹⁾.

Ein unvollkommener Markt liegt dann vor, wenn wenigstens eine der Voraussetzungen des vollkommenen Marktes fehlt; in diesem Zusammenhang soll im folgenden von Unvollkommenheitsfaktoren gesprochen werden ¹⁰⁾. Je mehr davon vorliegen, desto größer wird die Anzahl

9) Schmidt, WuW 1963, 97 (99).

10) Schmidt, WuW 1964, 120 (126).

der im Markt auftretenden Preise. Dadurch verliert die Anbieterseite die Markttransparenz.

Wenn hier der Untersuchung das Modell des unvollkommenen Wettbewerbs zugrunde gelegt wird, soll gleichwohl das Modell des "funktionsfähigen Wettbewerbs" ¹¹⁾ nicht außer acht gelassen werden. Wird aber die Wirkung von Preismeldestellen auf den Wettbewerb untersucht, ist zur Klärung der zu erwartenden Reaktionen das oben genannte Modell ausreichend, da die Betreiber der Preismeldestelle die eingebüßte Markttransparenz wiederherzustellen wünschen.

Die Beurteilung der zu erwartenden Reaktionen wird hingegen sicherlich vom Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs beeinflusst, insbesondere, wenn man davon ausgeht, daß der 2. GWB-Novelle Folgerungen aus diesem Modell zugrunde liegen ¹²⁾.

B) Unterscheidung nach Marktformen

Weil sich gezeigt hat, daß bestimmte Märkte spezifische Gesetzmäßigkeiten aufweisen, soll im folgenden untersucht werden, wie sich die Förderung von Markttransparenz durch Betreiben einer Preismeldestelle in den einzelnen Marktformen auswirkt.

11) Clark, aaO; Kantzenbach, Die Funktionsfähigkeit; Schmidt, Wettbewerbspolitik.

12) So Kartte, Leitbild, S. 42; Kilian, NJW 1974, 289; vgl. aber auch Schmidt, WuW 1966, 699 (701), der schon dem GWB nach der 1. Novelle eine Ausrichtung an diesem Leitbild zusprach.

I. Das Monopol

Definiert man das Monopol nach der Anzahl der auf einer Marktsseite vorhandenen Mitbewerber ¹³⁾, ist die Einführung einer Preismeldestelle logisch ausgeschlossen.

Benutzt man hingegen als Abgrenzungskriterium den subjektiven Wirtschaftsplan der Marktteilnehmer ¹⁴⁾, wird es auch hier nicht zur Errichtung einer Preismeldestelle kommen. Ein subjektiver monopolistischer Wirtschaftsplan liegt nämlich vor, wenn ein Marktteilnehmer damit rechnet oder erwartet, daß sein Absatz nur von der Größe der eigenen Aktionsparameter und dem Verhalten der Marktgegenseite, nicht aber von den Aktionsparametern der anderen, mit ihm auf gleicher Wirtschaftsstufe Stehenden, abhängt. Ist somit für das Verhalten nicht die tatsächliche, sondern die vorgestellte Marktform relevant ¹⁵⁾, wird bei einem Monopolisten die Neigung zur Errichtung einer Preismeldestelle nicht bestehen.

II. Das Oligopol

1. Definition

Ein subjektiv oligopolistischer Wirtschaftsplan liegt vor, wenn ein Marktteilnehmer erwartet, daß sein Absatz nicht nur von der

13) Otto, Preistheorie, S. 59/60.

14) Schneider, Einführung, Bd. 2, S. 63/64.

15) Schmölders, ORDO V (1953), 203 (225).

Größe der eigenen Aktionsparameter und dem Verhalten der Marktgegenseite abhängt, sondern auch von den Aktionsparametern der anderen Marktteilnehmer und die anderen auf die Änderung der eigenen Aktionsparameter reagieren werden ¹⁶⁾.

2. Wirkung der Förderung von Markttransparenz ¹⁷⁾ in Oligopolen

Untersucht man die Wirkung der Förderung von Markttransparenz in Oligopolen, ist zu unterscheiden, ob es sich um ein weites oder ein enges Oligopol handelt. Die Unterscheidung erfolgt nach der Anzahl der Marktteilnehmer ¹⁸⁾. Es ist aber nicht einsehbar, daß gleiche Wirkungen auftreten können, wenn die Güter einmal homogen zum anderen relativ heterogen sind, wobei unter relativer Heterogenität Substituierbarkeit, jedoch nicht enge Substituierbarkeit verstanden wird.

16) Hoppmann, WuW 1966, 97 (118) weist zu Recht darauf hin, daß man das Oligopol entweder durch die Marktstruktur oder durch die Verhaltensweise kennzeichnen müßte. Wenn hier eine Vermischung zwischen Marktstruktur und Verhaltensweise erfolgt, so scheint diese dennoch gerechtfertigt, da die Struktur sicherlich Auswirkungen auf die Verhaltensweise hat. Das schließt nicht aus, daß auch auf polypolistisch strukturierten Märkten die Marktteilnehmer oligopolistische Verhaltensweise zeigen bzw. bei ihnen oligopolistische Wirtschaftspläne im Sinne Schneiders vorliegen können.

17) Unter Markttransparenz wird dabei die konkrete Überschaubarkeit aller Marktbedingungen verstanden; a.A. Rinck, BB 1962, 105, der zusätzlich eine Überschaubarkeit für alle Marktteilnehmer, also auch die Marktgegenseite fordert.

18) Vgl. Markert, BB 1964, 62.

Nach diesen Unterscheidungsmerkmalen sind vier Kombinationen möglich:

1. enges Oligopol mit homogenen Gütern,
2. enges Oligopol mit relativ heterogenen Gütern
3. weites Oligopol mit homogenen Gütern,
4. weites Oligopol mit relativ heterogenen Gütern.

Bestehen in einem engen Oligopol mit homogenen Gütern starke Abhängigkeitsstrukturen, so nimmt deren Intensität über die Fälle 2 und 3 bis hin zum 4. Fall ab. Die Fälle 1 und 4 stellen somit Extreme dar. Eine Untersuchung der Fälle 2 und 3 wird entbehrlich, wenn für sie dieselben Erwägungen gelten, wie für die Fälle 1 und 4. Dies muß aber schon deshalb der Fall sein, weil die Wirkung von Einflüssen auf dem Markt nach den bestehenden Abhängigkeiten geprägt wird. Dieselbe Ursache wird demnach, wieder abgestuft nach den Fällen 1, 2, 3 bis 4, entsprechende Wirkungen zeitigen. Die Darstellung kann sich also auf die Extremfälle 1 und 4 beschränken, da die Überlegungen auf die Fälle 2 und 3 unter proportionaler Berücksichtigung der Abhängigkeiten übertragen werden können.

a) Im engen Oligopol

Das enge Oligopol soll gekennzeichnet sein durch eine geringe Zahl von Marktteilnehmern und fast völlige Homogenität der Produkte.

Da im engen Oligopol nur wenige Mitbewerber miteinander konkurrieren, besitzen alle einen relativ großen Marktanteil, die Markttransparenz dürfte relativ groß sein. Nimmt nun ein Marktteilnehmer eine Markthandlung vor, so ist diese wegen seines großen Marktanteils für seine Mitbewerber in einem solchen Ausmaß spürbar, daß sie mit entsprechenden Reaktionen antworten. Wegen der hohen Markttransparenz wird diese Reaktion sehr schnell erfolgen.

Wird ein rationales Verhalten im Sinne der Gewinnmaximierung und kein Wille zum Verdrängungswettbewerb unterstellt, ist ein individueller Preiswettbewerb im engen Oligopol dauerhaft unmöglich, da dieser zu sofortigen Reaktionen führen muß, weil wegen der hohen Markttransparenz für die Nachfrager plötzliche Veränderungen der Marktstellung die Folge wären ¹⁹⁾.

Die daraus resultierende Preisstarre kann daher nicht als Ausdruck fehlenden Wettbewerbs angesehen werden, sondern durchaus als Indiz für vorhandenen Wettbewerb gelten ²⁰⁾.

19) Das BKartA, WuW 1972, 65b, stellte im Tuben-Fall fest, daß die Preisunterbietungen eines Neukommers beobachtet wurden und es anschließend zu Reaktionen der Mitbewerber kam.

20) Ebenso Schmidt, WuW 1964, 120 (128) aus theoretischer Betrachtung; Brandt, ZHR 127 (1965), 200 (205).

aa) Unter Berücksichtigung des Inhalts
der Meldung

Will man die Wirkung der Förderung von Markttransparenz im engen Oligopol darstellen, so muß untersucht werden, bezüglich welcher Daten die Transparenz gefördert wird ²¹⁾.

(1) Preise

(a) Nur Preise

Die bloße Preismeldung dürfte für Wettbewerber im engen Oligopol völlig bedeutungslos sein ²²⁾. Wegen der Homogenität der Produkte kann nur ein Preis existieren, der wegen der relativ hohen Markttransparenz allgemein bekannt sein dürfte. Dieser Preis kann jederzeit aus dem Markt entnommen werden.

Kommt es auf dem Markt zu individuellen Preisverhandlungen zwischen Anbietern und Nachfragern, wird die Markttransparenz für die Anbieterseite geringer. Das führt zu abgeschwächten Abhängigkeiten. Nimmt aber die Interdependenz ab, kann von einem engen Oligopol, das sich durch eine totale Interdependenz auszeichnet, nicht mehr gesprochen werden. Es liegt dann schon ein weites Oligopol im Sinne der hier gewählten Unterscheidung vor.

21) Markert, WRP 1964, 152;
Schmidt, WuW 1963, 97 (100);
Pickel, BB 1963, 699 (700).

22) Brandt, ZHR 127 (1965), 200 (204).

(b) Nur Konditionen

Ganz anders dürfte das Interesse der Oligopolisten an Informationen über Konditionen (iWS) sein, vor allem, wenn man berücksichtigt, daß sie vornehmlich "geheim" zugestanden werden.

Ist wegen des starken Abhängigkeitsbewußtseins (= totale Interdependenz) eine individuelle Preispolitik praktisch nicht möglich, so kann auf dem Gebiet der Konditionen durchaus Wettbewerb betrieben werden. Wird die Markttransparenz bezüglich der Konditionen erhöht, resultiert daraus die Möglichkeit einer schnelleren Reaktion auf Veränderung der Konditionen.

(c) Preise und Konditionen

Es muß festgehalten werden, daß die Förderung der Markttransparenz bezüglich der Preise oder Konditionen entsprechende Reaktionen bei den Mitbewerbern beschleunigt bzw., falls ihnen Änderungen ansonsten nicht bekannt würden, erst ermöglicht.

Könnte eine individuelle Preispolitik wegen der totalen Interdependenz nicht durchgeführt werden, bestand aber die Möglichkeit des Konditionenwettbewerbs. Werden nun Preise und Konditionen über die Freismeldestelle verbreitet, besteht die Gefahr, daß auch eine Konditionenanpassung vorgenommen wird. Da aber die Änderung der Nicht-Preisparameter

von den Mitbewerbern in der Regel nicht so aggressiv beurteilt wird, ist eine Reaktion der Mitbewerber in Form der Anpassung wenig wahrscheinlich ²³⁾.

Berücksichtigt man die Homogenität der Produkte, so wird allerdings dann eine Anpassung der Konditionen notwendig sein, wenn sie sich direkt auf den Preis auswirken, z. B. ein Rabattsatz von 30 %, da ansonsten mit Reaktionen aller Mitbewerber gerechnet werden müßte. Es kann sich also eine Gruppendisziplin bilden, die dann zu einer barometrischen oder dominierenden Preisführerschaft ²⁴⁾ oder einem quasi-agreement ²⁵⁾ führt ²⁶⁾.

(2) Identifizierung

Die Notwendigkeit der Identifizierung wird vornehmlich damit begründet, daß es erforderlich sei zu wissen, wer einen bestimmten Preis setzt bzw. wem diese Preise angeboten werden.

23) Nach Hansen, ZHR 136 (1972), 52 (65) ist Nebenwettbewerb mit dem Gruppenkodex von Oligopolisten vereinbar, weil daraus kein ruinöser Wettbewerb droht.

24) Schmidt, WuW 1963, 97 (101).

25) Gutenberg, Grundlagen, S. 309.

26) Zolnhöfer, aaO, berichtet, daß "open price systems" in den USA auf Märkten beobachtet wurden, in denen zwischen 10 und 20 % der Produzenten den größten Marktanteil auf sich vereinigten, ohne daß sich darunter ein dominierendes befand (Wettbewerbspolitik, S. 180); daraus schließt Röper, daß bei einem starken dominierenden Preisführer ein "open price system" nicht als notwendig erachtet wurde, da er ausreichend Information lieferte (Wettbewerbsbeschränkung, S. 34).

(s) Der Anbieter

Werden die Anbieter durch die Preismeldestelle den Mitbewerbern bekannt, so stellt sich die Frage, welche Wirkungen das auf den Wettbewerb hat. Erfahren die Mitbewerber eine Preisänderung und den Namen des diese Änderung vornehmenden Anbieters, so hat das eine Signalwirkung, wenn es sich um einen marktstarken Konkurrenten handelt ²⁷⁾. Falls ein marktschwacher Anbieter seine Preise erheblich verändert, wird dies in der Regel zu keiner Reaktion der Mitbewerber führen. Da aber im engen Oligopol alle Marktteilnehmer über eine relativ starke Marktposition verfügen, wird die Reaktion nicht ausbleiben. Daraus wird deutlich, daß die Reaktion der Mitbewerber nicht durch die Benennung der Anbieter hervorgerufen wird, sondern durch die Preisänderung selbst.

Hiergegen wird eingewendet ²⁸⁾, daß es aufgrund der Identifizierung gar nicht erst zu einer Preisveränderung, vornehmlich einer Preissenkung, kommen werde, da es unter den Unternehmen ein "wechselseitiges Wissen" ²⁹⁾ gäbe, Preissenkungen nicht vorzunehmen. Aber selbst wenn man dieses "Wissen" unterstellt, so resultiert es nicht

27) Röper, Wettbewerbsbeschränkung, S. 42.

28) Vgl. Hoppmann, WuW 1966, 97 ff.

29) Hoppmann, WuW 1966, 97 (11).

aus der Identifizierung der Anbieter, sondern aus der totalen Interdependenz im engen Oligopol. Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, durch Identifizierung würden Abhängigkeiten erst geschaffen ³⁰⁾. Denn das enge Oligopol zeichnet sich per definitionem gerade durch diese Abhängigkeiten aus. Sie können daher nicht durch die Anbieterbenennung begründet werden.

(b) Der Nachfrager

Auch die Preisänderung mit Identifizierung von Nachfragern kann eine Signalwirkung haben. Wird einem marktstarken Nachfrager eine erhebliche Preisreduzierung zugestanden, so könnten daraus die Mitbewerber den Schluß ziehen, daß ein Absatz ihrer Produkte nur noch zu diesem Preis möglich ist. Wird ihnen auch die Menge der abgenommenen Produkte bekannt, können sie beurteilen, ob es sich um einen "Mengenpreis" handelt. Sie werden jetzt überlegen, ob sie die Reduzierung auch vornehmen müssen oder nicht.

Wird ihnen der Nachfrager nicht bekannt, so könnte aus der Mengenangabe auf den Nachfrager geschlossen werden. Fehlt hingegen auch diese, ist ein Erkennen des entsprechenden Nachfragers kaum möglich. Lediglich der Preis bleibt bekannt. Daraus aber zu schließen, die Preisreduzierung würde bei

³⁰⁾ Metzinger, DB 1964, 831 (833).

Identifizierung der Nachfrager völlig unterbleiben ist verfehlt. Daß es zu einem Ausbleiben von Preisreduzierungen wegen der Möglichkeit der Reaktion der Mitbewerber kommen kann, ist klar. Das liegt dann aber an der totalen Interdependenz im engen Oligopol, nicht aber an der Identifizierung der Nachfrager.

(c) Identifizierung von Anbieter und Nachfrager

Es wurde gezeigt, daß sowohl die Anbieter -, als auch die Nachfrageridentifizierung auf das Wettbewerbsverhalten (Marktverhalten) der Marktteilnehmer, und somit auf ihre Preispolitik, keinen Einfluß hatten. Nichts anderes kann gelten, wenn beide Seiten benannt werden. Auch hier wird das preispolitische Verhalten bestimmt durch die totale Interdependenz. Identifizierungen von Anbietern und Nachfragern können sie nicht verändern.

bb) Unter Berücksichtigung des Zeitpunkts der Meldung

Wenn wie hier geprüft werden soll, wie sich der Zeitpunkt der Meldung auf die Förderung der Markttransparenz auswirkt und welche Wirkungen das auf den Wettbewerb hat, muß unterstellt werden, daß durch eine sehr frühe Mitteilung an die Zentralstelle eine entsprechend frühe Informationsmöglichkeit der Mitbewerber gegeben ist.

(1) Vor Vertragsschluß

Bestand wegen der relativ hohen Markttransparenz im engen Oligopol eine entsprechend große Reaktionsgeschwindigkeit, so nimmt diese noch zu, wenn die Meldung vor Vertragsschluß erfolgt. Preissenkungen werden also den Mitbewerbern schneller bekannt und diese können darauf schneller reagieren. Sind ihnen die Preise vor Vertragsschluß bekannt, so könnten sie durch weitere geringe Unterbietung das Geschäft an sich ziehen. Die Unterbietung des ersten würde also zunichte gemacht. Daraus wird gefolgert, daß niemand bereit sein werde, überhaupt Preisnachlässe zu gewähren ³¹⁾.

Eine solche Argumentation hat aber folgende Voraussetzungen: 1. den Mitbewerbern müßte der Nachfrager bekannt sein, damit man ihm ein entsprechend günstigeres Angebot machen könnte. Das ist aber nur bei einer Nachfrageridentifizierung möglich ³²⁾. 2. Die Information müßte die Mitbewerber erreichen, bevor es zum Vertragsschluß gekommen ist.

Nimmt man beide Voraussetzungen als gegeben an, so wäre 3. erforderlich, daß ohne eine Meldung vor Vertragsschluß eine Preissenkung möglich wäre, mit Meldung hingegen nicht.

31) Vgl. KG, WRP 1972, 374 (Tuben).

32) Dies ist kein Widerspruch zu oben aa) (2) (b) und (c): Zwar wurde dort festgestellt, daß die Nachfrageridentifizierung keinen Einfluß auf das Marktverhalten der Mitbewerber hat, wobei allerdings vom Meldezeitpunkt abstrahiert wurde. Ist dieser nun der Gesichtspunkt, unter welchem das Wettbewerbsverhalten beobachtet wird, können sich durchaus andere Ergebnisse zeigen.

Dem ist entgegenzuhalten, daß wegen der totalen Interdependenz im engen Oligopol auch ohne eine Meldung vor Vertragsschluß eine Preissenkung kaum wahrscheinlich ist. Lediglich in Einzelgeschäften könnte ein solches Verhalten noch gezeigt werden. Wenn es sich aber um Einzelgeschäfte handelt, ist eine Reaktion der Mitbewerber wiederum nicht anzunehmen. Steigt die Anzahl dieser Einzelgeschäfte an, so gilt bezüglich der einzelnen Preissenkungen das unter II 2 a) Ausgeführte.

Es darf jedoch nicht vergessen werden, daß gerade die Meldung vor Vertragsschluß ein geeignetes Mittel ist, "Polizeiaktionen" der Mitbewerber zu ermöglichen. Ein solcher Reaktionsverbund setzt aber einen entsprechenden Corpsgeist bei den Marktteilnehmern voraus, der jedoch bei der Frage, wie sich die Meldung vor Vertragsschluß auf die Markttransparenz und diese wiederum auf den Wettbewerb auswirkt, nicht berücksichtigt werden kann. Ist ein Corpsgeist vorhanden, so ist nämlich er für die Preisbildung verantwortlich und nicht die frühzeitige Preismeldung.

(2) Bei oder nach Vertragsschluß

Erfolgt die Meldung bei oder nach Vertragsschluß, so haben die Mitbewerber nicht die Möglichkeit, aufgrund der ihnen bekannten Zugeständnisse in die Verhandlungen einzugreifen. Sie können dann nicht durch weitere

- 47 -

Preissenkungen die von dem Vorstoßenden im Hinblick auf den wahrscheinlichen Geschäftsabschluß gewährten Vergünstigungen zunichte machen.

Aber auch hier muß berücksichtigt werden, daß Preissenkungen nur in dem Umfang möglich sind, wie es die Interdependenz zuläßt. Wegen der totalen Abhängigkeit im engen Oligopol sind sie daher kaum wahrscheinlich.

Wird für die Preismitteilung ein Zeitpunkt gewählt, zu dem das Geschäft bereits abgeschlossen ist, so dürfte das keine Auswirkungen auf das Verhalten der Marktteilnehmer und damit auf den Wettbewerb haben, da die bestehenden Abhängigkeiten das Verhalten der Wettbewerber prägen.

cc) Unter Berücksichtigung der Rückmeldung
Oben wurde bei der Rückmeldung nach ihrem Inhalt unterschieden. Die ihr zugrunde liegenden Meldungen konnten zuvor aufbereitet worden sein oder nicht.

(1) Das statistische Verfahren

Die Marktstatistik zeigt dem Marktteilnehmer ex post, ob er sich mit seinen Preisforderungen richtig verhalten hat oder nicht. Wurden ihr Angebote zugrunde gelegt, so ist der Zeitraum der Ungewißheit notwendigerweise kürzer als wenn sie aus getätigten Geschäf-

ten erstellt wird. Sie kann jedoch das Verhalten des Marktteilnehmers in bezug auf den Zeitpunkt, zu dem von ihm möglicherweise eine Reaktion erforderlich gewesen wäre, nicht beeinflussen. Auch für sein zukünftiges Verhalten wird er immer noch seine eigenen Schlüsse ziehen müssen, solange die Statistik keine Erwartungen oder sogar Verhaltensratschläge äußert³³⁾.

(2) Das nichtstatistische Verfahren

Dieses Verfahren haben wir oben durch die unbearbeitete Weitergabe der bei der Zentralstelle eintreffenden Meldungen gekennzeichnet, haben jedoch nach der Art der Weitergabe unterschieden.

(a) Rückmeldung ohne konkrete Anfrage

Erfolgt die Weitergabe der eingegangenen Meldungen automatisch, so sind alle Markt-

33) Hier kommen wir in den Bereich der Empfehlung, der bei der Prüfung der Auswirkungen der Förderung von Markttransparenz auf den Wettbewerb nicht berücksichtigt werden kann. Vielmehr stellt das ein eigenständiges rechtliches Problem dar. Vgl. BGH, BB 1960, 343; Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdnr. 39; Rasch/Westrick, § 1 Rdnr. 48; Müller-Henneberg, in: GemK 2. Aufl. § 1 Rdnr. 40; Krieger, Diss.; Behrens, Marktinformation, S. 86 ff.; Griesbach, DB 1961, 1621; Rinck, BB 1962, 105; Menze, DB 1962, 341; Pickel BB 1963, 699 (707). Allerdings wird auch die Ansicht vertreten, daß die "neutrale", insbesondere von Wirtschaftsprüfern oder Rechtsanwälten betriebene Zentralstelle nicht Empfehlender sein kann, da sie nicht Unternehmen im Sinne des Gesetzes ist; vgl. Huber, aaO, S. 45; Fikentscher, WuW 1960, 344; Krahe, WuW 1960, 477 (482).

teilnehmer zu jedem Zeitpunkt mit allen Daten gleichmäßig versorgt.

Es muß daher geprüft werden, welche Reaktionen eine auf diese Weise bekannt werdende Preisänderung auslöst. Handelt es sich um eine Preissenkung, so wird jeder Mitbewerber überlegen, ob und wie er darauf reagieren wird. Dasselbe gilt für eine Preiserhöhung jedoch mit dem Unterschied, daß eine allgemeine Reaktion in Form der Preisanpassung nach oben wahrscheinlich leichter erfolgen wird als nach unten ³⁴⁾. Diese Reaktionswahrscheinlichkeit ist jedoch keine für die automatische Rückmeldung spezifische, die daher auf das Preisverhalten der Oligopolisten keinen Einfluß haben wird. Auch hier muß darauf hingewiesen werden, daß die automatische Rückmeldung besonders geeignet ist, die Einhaltung von Absprachen in jedweder Form zu kontrollieren. Die Auswirkungen auf den Wettbewerb resultieren dann aber nicht aus der automatischen Rückmeldung, sondern aus der Absprache.

(b) Rückmeldung auf Anfrage

Bezüglich der Rückmeldung auf Anfrage sind ebenso wie bei der automatischen Rückmeldung keine spezifischen Auswirkungen auf

34) Die Frage, inwieweit derartige Mitteilungen in den Bereich der Empfehlung gehen, ist eine rein rechtliche und kann daher bei der Untersuchung der Wirkung derartiger Mitteilungen auf den Wettbewerb nicht geprüft werden. Vgl. hierzu Deringer/Tessin, DB 1963, 19 (20/21).

den Wettbewerb im engen Oligopol zu erwarten. Dies läßt sich ganz leicht dadurch erklären, daß ein Marktteilnehmer so viel Daten einzeln abfragen kann, daß die daraus gewonnene Information etwa ebenso groß ist, wie bei einer automatischen Rückmeldung³⁵⁾. Konnten aber bei der letztgenannten Informationsart keine spezifischen Auswirkungen auf den Wettbewerb festgestellt werden, so wird dies bei der Rückmeldung auf Anfrage erst recht nicht der Fall sein.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß durch das Betreiben einer Preismeldestelle gleich welcher Ausgestaltung eine Verschärfung des Wettbewerbs, wie von den Befürwortern dieser Einrichtung behauptet wird, im engen Oligopol, wenn überhaupt, so nur sehr kurzfristig stattfindet³⁶⁾. Bei Betrachtung eines längeren Zeitraums ist eine Verschärfung wenig wahrscheinlich³⁷⁾. Umgekehrt kann daraus aber nicht geschlossen werden, daß eine Beschränkung des Wettbewerbs eintritt.

Ist der Einsatz von Wettbewerbsmitteln im engen Oligopol durch die totale Interdependenz von vornherein beschränkt, so kann

35) Vgl. Markert, AWD 1970, 82, der darüber berichtet, daß in England eine Rechtslage bestehe, die die Rückmeldung auf Anfrage der automatischen gleichstellt.

36) A. A. Schlegel, BB 1969, 656 (659); er glaubt, daß generelle Aussagen über das Marktverhalten von Oligopolisten nicht gemacht werden können.

37) Ebenso Philips, WuW 1964, 205 (208).

jedoch das Betreiben einer Preismeldestelle die bestehenden Abhängigkeiten stabilisieren. Eine Beschränkung des Wettbewerbs muß demnach angenommen werden, wenn der Ausschluß der Benutzung von Aktionsparametern auf dieser Stabilisierungswirkung beruht.

b) Im weiten Oligopol

Das weite Oligopol wird hier gekennzeichnet durch eine größere Anzahl von Marktteilnehmern und relative Heterogenität der Produkte. Die größere Anzahl von Marktteilnehmern sowie die relative Heterogenität der Produkte vermindert die Abhängigkeitsintensität der Wettbewerber untereinander. Daraus resultiert ein geringeres Maß an Markttransparenz für die Anbieterseite.

Wegen der relativen Heterogenität der Produkte ist grundsätzlich ein gewisser preispolitischer Spielraum gegeben, der Preiswettbewerb möglich macht ³⁸⁾. Es können deshalb auch individuelle Preisverhandlungen stattfinden. Die Variationsbreite der Preise ist aber nicht nur abhängig von der Heterogenität, sondern auch von der Markttransparenz.

Nach Gutenberg ³⁹⁾ gibt es für jeden Marktteilnehmer auf der Preis - Absatz - Kurve

38) Schmidt, WuW 1964, 120 (129).

39) Gutenberg, Grundlagen, Bd. 2, S. 166.

einen monopolistischen Bereich, innerhalb dessen er sich aufgrund der genannten Marktunvollkommenheiten wie ein Monopolist verhalten kann. Erst wenn dieser monopolistische Bereich verlassen wird, reagieren die Mitbewerber (= partielle Interdependenz). Man kann aber feststellen, daß nach Verlassen des monopolistischen Bereiches dieselben Gesetzmäßigkeiten gelten wie für das enge Oligopol. Die Größe des monopolistischen Bereiches war beeinflußt durch die Tatsache, daß den Marktteilnehmern die Wettbewerbs-handlungen unbekannt blieben. Sie vermindert sich jedoch in dem Maße durch Förderung von Markttransparenz, wie ihre Beeinträchtigung dafür verantwortlich war.

aa) Unter Berücksichtigung des Inhalts
der Meldung

Resultierte aus der relativen Heterogenität der Produkte ein gewisser preispolitischer Spielraum, so kann durch die Meldung bzw. Rückmeldung von Preisen eine Preisanpassung nicht hervorgerufen werden.

Basierte der Preisunterschied hingegen auf der Unvollkommenheit der Markttransparenz, sind Anpassungsvorgänge seitens der Konkurrenten zu erwarten.

Eine Preisanpassung in der Weise, daß es anschließend nur noch einen Preis gibt, kann es wegen der Heterogenität der Produkte

nicht geben. Wird nun den Wettbewerbern eine Preissenkung eines oder mehrerer Marktteilnehmer bekannt, so werden die anderen darauf dann reagieren, wenn sie vermuten, daß ihre Marktposition dadurch betroffen wird. Infolge der Heterogenität der Produkte ist aber eine Preisanpassung in der Form, daß nur noch ein Preis im Markt existiert, nicht erforderlich.⁴⁰⁾

Wird eine Preisänderung nach oben bekannt, so kann es zu einer Preiserhöhung auch bei den anderen Marktteilnehmern kommen, allerdings nur, wenn auch sie glauben, daß sie zu dem höheren Preis Absatz finden. Wenn sie aber dieser Ansicht sind, hätten sie die Preiserhöhung wahrscheinlich auch ohne eine entsprechende Information vorgenommen.

Werden über die Preismeldestelle auch Konditionen bekannt, so stellt sich die Frage, wie die Marktteilnehmer auf eine Konditionenänderung reagieren.

Wurde für das enge Oligopol schon festgestellt, daß infolge der Beurteilung von Konditionenänderungen als weniger aggressiv eine Anpassung nur wegen der hohen Markttransparenz für die Nachfrager aufgrund der Homogenität der Produkte erforderlich sein

40) Ebenso Hoppmann, WuW 1960, 97 (100), der allerdings die Möglichkeit der Gleichpreisigkeit zusätzlich als nicht real ansieht, weil die Unternehmen nicht gleich stark sind und es daher zu "preisdiskriminierenden Verhaltensweisen" der Marktmächtigen kommen wird. Vgl. auch die Tabelle bei Menze, WRP 1964, 190 (193).

kann, so entfällt diese Notwendigkeit im weiten Oligopol aufgrund der Heterogenität der Produkte und den daraus resultierenden möglichen Preisdifferenzen.

Schließlich muß noch geprüft werden, wie sich die Identifizierung auf den Wettbewerb auswirkt. Auch im weiten Oligopol kann die Identifizierung in Verbindung mit einer bekannt werdenden Preisänderung eine Signalwirkung haben. Die darauf folgenden Anpassungsvorgänge der übrigen Mitbewerber werden jedoch im Unterschied zum engen Oligopol wegen der Heterogenität der Produkte nicht gleich stark bzw. gleich schnell sein müssen. Mit anderen Worten: eine Gleichpreisigkeit wird auch jetzt nicht eintreten.

Auch im weiten Oligopol besteht die Gefahr, daß eine Preissenkung nicht vorgenommen wird, weil durch die Identifizierung der entsprechenden Anbieter sofort bekannt wird und sich daher für ihn ein Verstoßen wegen der Gefahr der sofortigen Verfolgung nicht lohnt. Sie ist jedoch geringer als im engen Oligopol, weil es dort einen Marktzwang zur Verfolgung gibt, da die eigene Marktstellung bei Nichtreaktion betroffen würde. Im weiten Oligopol muß hingegen jeder einzelne Marktteilnehmer für sich entscheiden, ob er die Verfolgung aufnimmt. Denn die Notwendigkeit dessen besteht nicht wegen der geringeren Transparenz für die Nachfrager. Ursache dafür ist aber die relative Heterogenität der Produkte.

Kommt es jedoch zu einer gemeinsamen Verfolgung des Vorstoßenden oder ist eine solche Maßnahme zu befürchten, so kann und wird in der Regel ein Corpsgeist dafür verantwortlich sein; nicht jedoch die Identifizierung.

Werden in einem weiten Oligopol die Nachfrager bekannt, so können die Mitbewerber aus der Kenntnis der Marktstärke des Nachfragers und dem in Rechnung gestellten oder zu berechnenden Preis schließen, ob der entsprechende Konkurrent eine Preissenkung zum Zwecke der Verbesserung der Marktposition vorgenommen hat oder ob es sich um einen Preis handelt, der unter Berücksichtigung der Marktstärke für diesen Nachfrager angemessen wäre. Im ersten Fall ist eine Reaktion der Wettbewerber in Form der Verfolgung zu erwarten. Daraus aber zu schließen, der Verstoß würde von vornherein unterbleiben, ist verfehlt. Wegen der relativen Heterogenität der Produkte wird nämlich die Intensität der Verfolgung geringer und/oder ihr zeitlicher Abstand größer sein als im engen Oligopol. Damit braucht ein Marktteilnehmer aber nicht zu fürchten, die Vorteile des Verstoßes würden sofort zunichte gemacht. Es ist demnach nicht wahrscheinlich, daß aus der Nachfrageridentifizierung spezifische Gesetzmäßigkeiten im Verhalten der Wettbewerber resultieren.

bb) Unter Berücksichtigung des Meldezeitpunktes

Erfolgt die Meldung an die Zentralstelle bei oder nach Vertragsschluß, so ist auch hier aus dieser Informationsmöglichkeit der Mitbewerber keine spezifische Reaktion zu erwarten.

Könnte für das enge Oligopol der Argumentation, wegen der schnellen Reaktionsmöglichkeit der Mitbewerber bei Meldung vor Vertragsschluß sei mit Preissenkungen nicht zu rechnen, entgegengehalten werden, daß die geringere Bereitschaft zu Preiszugeständnissen nicht aus der frühen Meldung, sondern aus der totalen Interdependenz resultiert, so ist eine solche Erwiderung für das weite Oligopol nicht so leicht möglich.

Hier könnte nämlich wegen der geringeren Abhängigkeiten eine Preissenkung in einem gewissen Rahmen durchaus stattfinden. Dieser Rahmen bestimmt sich aber nach der Heterogenität der Produkte. Wird er überschritten, so gelten die gleichen Gesetzmäßigkeiten wie für das enge Oligopol. Wählt aber ein Mitbewerber für die Preissenkung ein Maß, das der Heterogenität der Produkte entspricht, so wird in der Regel gar keine Verfolgung durch die übrigen Mitbewerber stattfinden. Das bedeutet aber, daß nur dann eine Verfolgung vorgenommen wird, wenn die Preissenkung ein gewisses Maß überschreitet. Wie dieses Maß festzusetzen ist, wird weder generell noch für den Einzelfall entscheidbar sein. Insoweit kann im weiten Oligopol

tatsächlich durch eine frühe Meldung die Bereitschaft zu Preissenkungen sinken. Festzuhalten ist aber auch hier, daß eine Preisstarre bzw. eine Preisanpassung in Richtung auf einen Preis kaum wahrscheinlich ist. Die Heterogenität der Produkte läßt für Preisdifferenzen immer noch genügend Spielraum.

cc) Unter Berücksichtigung der Rückmeldung Auch hier läßt die Statistik nur eine Beurteilung des eigenen Preisverhaltens in der Vergangenheit zu. Selbst wenn sie aus Angeboten erstellt wurde, ist ein Eingreifen in sich anbahnende Geschäfte nicht möglich, da wegen des für die Erstellung der Zusammenfassung notwendigen Zeitraums die Vertragsverhandlungen in der Regel abgeschlossen sein dürften.

Sollten wegen der Art der Produkte langwierige Besprechungen erforderlich sein, bestünde allerdings die Möglichkeit, daß ein Wettbewerber in sich entwickelnde Geschäftsbeziehungen eingreift. Das setzt jedoch die Kenntnis des entsprechenden Nachfragers voraus. Eine Identifizierung ist aber in einer Statistik kaum vorstellbar. Aus diesem Grunde kann bei einer statistischen Rückmeldung keine gesetzmäßige Reaktion der Wettbewerber erwartet werden.

Dasselbe gilt für eine Rückmeldung im nichtstatistischen Verfahren, gleichgültig ob sie auf konkrete

Anfrage oder ohne eine solche erfolgt ⁴¹⁾. Erhalten die Marktteilnehmer Kenntnis von einer Preissenkung, so werden sie ihr nur folgen, wenn ansonsten ihre eigene Marktposition betroffen ist. Der Einfluß hierauf steht aber in Abhängigkeit zur Heterogenität der Produkte. Damit kann eine automatische Rückmeldung allein nicht der entscheidende Faktor sein. Zur Rückmeldung auf Anfrage ergibt sich kein Unterschied, da durch Abfragen entsprechend vieler Daten bei der Zentralstelle dieselben Erkenntnisse gewonnen werden können wie bei einer automatischen Weiterleitung.

III. Das Polypol

1. Begriff

Ein subjektiv polypolistischer Wirtschaftsplan liegt vor, wenn ein Marktteilnehmer erwartet, daß sein Absatz nicht nur von der Größe der eigenen Aktionsparameter und dem Verhalten der Käufer, sondern auch von den Aktionsparametern der anderen Marktteilnehmer abhängt, die anderen aber auf die Änderung der eigenen Aktionsparameter nicht reagieren werden ⁴²⁾.

41) Allerdings kann auch hier eine automatische Rückmeldung beim nichtstatistischen Verfahren in den Bereich der Empfehlungen geraten vgl. hierzu Fußn. 33 und 34.

42) Schneider, Einführung, Bd. 2, S. 63/64.

2. Wirkung der Förderung von Markttransparenz im Polypol

Für das Polypol soll die Untersuchung unter Zugrundelegung bestimmter Marktunvollkommenheiten durchgeführt werden, die jedoch für die Praxis besonders relevant sind und die Gesetzmäßigkeiten im Verhalten von Polypolisten erkennen lassen.

a) Unvollkommenheit wegen fehlender Markttransparenz

Bei unvollkommener markttransparenz sind in einem polypolistischen Markt Preisunterschiede zwischen den einzelnen Anbietern selbst bei völliger Homogenität der Produkte möglich, die um so größer sind, je unvollkommener die Markttransparenz ist. Die Förderung der Markttransparenz muß somit zu einer Unterschiedslosigkeit der Preise führen.

Die relativ große Zahl der Anbieter führt zu einem schwachen subjektiven Konkurrenzbewußtsein von Polypolisten. Da sie nicht davon ausgehen, daß ihre Mitbewerber auf die Änderung des eigenen Marktverhaltens reagieren werden, besteht hier nicht die Gefahr einer bewußten Parallelpolitik und damit einer Ausschaltung des Wettbewerbs ⁴³⁾. Das bedeutet, daß die Förderung von Markttransparenz bei Vorliegen der anderen Voll-

43) Schmidt, WuW 1963, 97 (100).

kommenheitsfaktoren im Polypol entweder den Wettbewerb verstärkt oder zumindest die Anpassungsvorgänge auf Änderungen der Marktdaten beschleunigt.

Fraglich ist aber, welche Wirkungen zu beobachten sind, wenn die anderen Vollkommenheitsfaktoren nicht oder nicht sämtlich vorliegen.

Dies kann selbstverständlich nicht in bezug auf alle Faktoren geprüft werden. Es werden daher nur Beispiele herangezogen werden können, wobei allerdings versucht werden soll, möglichst reale Unvollkommenheitsfaktoren bei der Untersuchung zu berücksichtigen.

b) Unvollkommenheit wegen unterschiedlichen Marktanteils

Geht man davon aus, daß die Unvollkommenheit des Marktes auf der Unterschiedlichkeit der Marktanteile der einzelnen Marktteilnehmer beruht und ist die Markttransparenz nicht vollkommen, so sind rein theoretisch so viele Preise wie Anbieter möglich. Berücksichtigt man weiterhin die relative preispolitische Passivität von Polypolisten infolge des Unvermögens, starke Preisänderungen vorzunehmen, da dies zu außerordentlichen Nachfrageausfällen bzw. Nachfragesteigerungen führt, so wird durch Förderung der Markttransparenz eine Anpassung der Preise der Anbieter mit den kleinsten Marktanteilen am ehesten erforderlich sein. Das bedeutet

auf der anderen Seite eine Einpendelung auf die Preise der Mitbewerber mit den größeren Marktanteilen.

Dabei muß aber beachtet werden, daß diese Erscheinung nur eintreten wird, wenn die Produkte der einzelnen Konkurrenten völlig oder nahezu homogen sind. Bei relativer Heterogenität der Produkte ist eine Anpassung an die Preise der Anbieter mit den größeren Marktanteilen infolge mangelnder Gefahr von außerordentlichen Nachfrageausfällen bzw. Nachfragesteigerungen nicht notwendig.

c) Unvollkommenheit wegen Bestehens von
(räumlichen) Präferenzen

Eine weitere Möglichkeit für die Unvollkommenheit des Marktes besteht in dem Vorliegen von Präferenzen. Für die Untersuchung soll hier das Beispiel von räumlichen Präferenzen gewählt werden.

Geht man davon aus, daß auf dem Markt der Bundesrepublik ⁴⁴⁾ 100 Anbieter eines homogenen Produktes existieren, die über das Gebiet gleichmäßig verteilt sind. Haben diese Anbieter dieselben Transportkosten (Bundesbahn, Spediteure), so besteht zwischen A_1 und A_2 nur Konkurrenz im Punkt $K_{1,2}$ und zwischen A_2 und A_3 nur im Punkt $K_{2,3}$. A_1 und A_3 treten nicht in Konkurrenz, da im Punkt $K_{1,3}$ A_2 billiger ist als die beiden

44) Dieser Markt wird wegen des Geltungsbereiches des GWB gewählt.

anderen. Haben die Anbieter die Möglichkeit, ihre Preise durch Preiszugeständnisse zu variieren, erweitert sich der Konkurrenzbereich von $K_{1,2}'$ bis $K_{1,2}''$ bzw. $K_{2,3}'$ bis $K_{2,3}''$.

Siehe dazu folgende Abbildung (III):

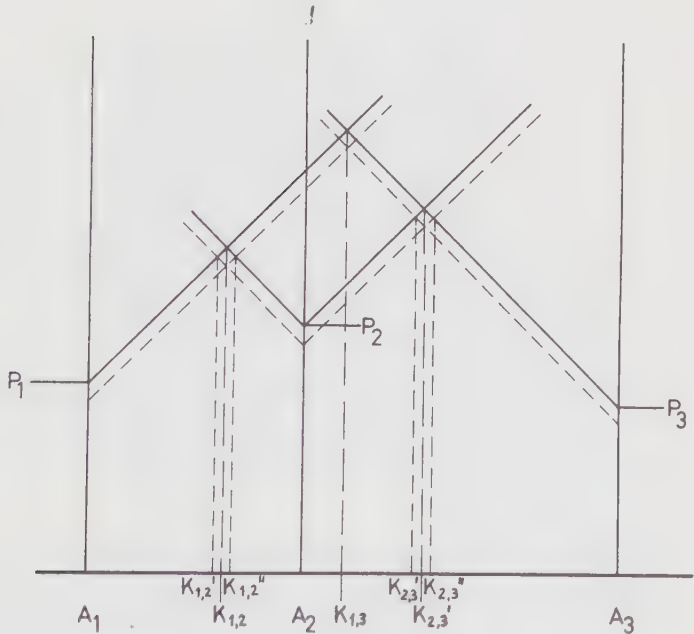


Abbildung III zeigt, daß sich A_1 im Bereich von A_1 bis $K_{1,2}'$, A_2 im Bereich zwischen $K_{1,2}''$ bis $K_{2,3}'$ und A_3 im Bereich von $K_{2,3}''$ bis A_3 monopolistisch verhalten kann.

Daraus ist folgendes zu erkennen:

War den Anbietern infolge unvollkommener Markttransparenz bisher nicht klar, mit wem sie sich im Wettbewerb befanden, so wird ihnen durch die Förderung von Markttransparenz deutlich, wer zu ihren Konkurrenten gehört, wenn ihnen neben den Preisen auch die Standorte der einzelnen Anbieter bekannt werden.

Sollte man bis dahin einen Anbieter nicht als Konkurrenten angesehen haben, so ist dadurch eine Wettbewerbsintensivierung sicherlich zu erwarten. Ist hingegen jemand bisher als Mitbewerber angesehen worden, der, wie sich durch die Förderung der Markttransparenz herausstellt, gar keiner war, so wird sich bezüglich dieses Anbieters die Wettbewerbsintensität vermindern.

Für den einzelnen Marktteilnehmer wird also klar, mit wem er sich in Wettbewerb befindet und mit wem nicht, und er wird seine Politik darauf einrichten.

Sieht man die obige Abbildung III flächig, so wird daraus deutlich, daß durch die Förderung von Markttransparenz und dem Kennen der Standorte für einen Anbieter nur bestimmte andere relevant sind, deren Zahl mit Sicherheit kleiner sein muß als 100; gewählt wird als Beispiel 10.

Dieses Erkennen der relevanten Konkurrenten tritt ganz bestimmt ein, wenn sowohl Anbieter wie Nachfrager identifiziert werden.

Wird die Nennung des Nachfragers nicht vorgenommen, ist aber auf der anderen Seite bekannt, welcher Anbieter diesen Preis gesetzt hat, so ist für den ersten aus der möglichen Gebietsabgrenzung leicht ersichtlich, welchem Nachfrager gegenüber es gegolten hat, so daß eine Identifizierung erfolgen kann. Unterbleibt auf der anderen Seite die Benennung des Anbieters, ist aber der Nachfrager bekannt, so kann aus dem Preis und bekannten Transportkosten auf den Anbieter geschlossen werden. Fraglich ist aber, ob dieses Erkennen möglich ist, wenn die Transportkosten unbekannt sind, weil der Transport beispielsweise durch firmeneigene Fahrzeuge erfolgt. Voraussetzung dafür wäre, daß sich die Kosten auf anderem Wege ermitteln lassen. Eine genaue Bestimmung wird sicher nicht möglich sein. Aber auch eine Schätzung wäre hierfür ausreichend, weil dadurch lediglich der Bereich A_1 bis $K_{1,2}$ bzw. $K_{1,2}$ bis $K_{2,3}$ eingeengt würde.

Könnte im Oligopol eine Tendenz der sinkenden Bereitschaft zu Preiszugeständnissen aufgrund des gegenseitigen Abhängigkeitsbewußtseins festgestellt werden, so kann eine solche Tendenz im polypolistischen Markt nicht auftreten, da per definitionem der Polypolist nicht mit einer Reaktion seiner Mitbewerber rechnet.

Nach den obigen Ausführungen muß allerdings die Frage gestellt werden, ob die 10 sich gegenseitig als Konkurrenten erkennenden

Anbieter noch polypolitische Verhaltensweisen zeigen werden. Wegen des Erkennens des Wettbewerbsbereiches ist vielmehr nun ein oligopolistisches Verhalten wahrscheinlich, wobei dieselben Anbieter gleichzeitig verschiedenen Teiloligopolen angehören. Wegen der bestehenden Abhängigkeiten in diesen Teiloligopolen wird im Laufe der Zeit der Preiswettbewerb erlahmen. Ein Ausweichen auf den Nichtpreiswettbewerb ist daher wahrscheinlich.

Berücksichtigt man, daß die oben gemachten Ausführungen die Homogenität der Produkte zur Voraussetzung hatten, der Preiswettbewerb somit nur reziprok zur relativen Heterogenität der Produkte erlahmt, erscheint ein Nichtpreiswettbewerb durchaus möglich. Bestätigt wird diese Annahme dadurch, daß selbst im engen Oligopol eine Nichtpreisparameteränderung in der Regel als wenig aggressiv empfunden wird, die Reaktionen nicht erwarten läßt.

d) Unvollkommenheit des Marktes wegen unterschiedlichen Marktanteils und Bestehens von (räumlichen) Präferenzen

Oben wurde festgestellt, daß bei unterschiedlichem Marktanteil die Gefahr der Freisanpassung der Anbieter mit den kleineren Marktanteilen an die Preise derjenigen mit den größeren Marktanteilen bestehen kann. Bei Erkennen der relevanten Mitbewerber kann es in den sich herausbildenden

Teiloligopolen sogar zu einem Zwang dazu kommen. Bestehen jedoch (räumliche) Präferenzen, wird dieser Zwang in entsprechender Weise gemildert. Das Vorliegen von (räumlichen) Präferenzen würde so eine individuelle Preispolitik ermöglichen. Berücksichtigt man ferner, daß sich die Abhängigkeiten proportional zur Homogenität der Produkte herausbilden, müßte eine relative Heterogenität die Bereitschaft zu einer individuellen Preisgestaltung fördern ⁴⁵⁾.

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Förderung von Markttransparenz eine entscheidende Wettbewerbsintensivierung nicht bewirken kann. Auf der anderen Seite konnte aber auch keine generelle Eignung zur Beschränkung des Wettbewerbs herausgefunden werden. Allerdings müssen wir festhalten, daß unter bestimmten Konstellationen die Förderung von Markttransparenz eine Minderung der Wettbewerbsintensität zum Teil kurzfristig, manchmal auch erst nach Ablauf eines längeren Zeitraums zur Folge haben kann.

45) Im Ergebnis ebenso Brandt, ZHR 127 (1965), 200 (203/204).

4. Teil.

Beurteilung nach §§ 1 und 25 Abs. 1 GWB

Im ersten Teil wurde das Phänomen der Preismeldestelle dargestellt und im zweiten Teil untersucht, welche Wirkungen die Förderung von Markttransparenz durch Betreiben einer Preismeldestelle auf den Wettbewerb hat.

Der dritte Teil soll nun dazu dienen, herauszufinden, ob und gegebenenfalls in welcher Form Preismeldestellen mit dem GWB vereinbar bzw. unvereinbar sind. Dabei kommen als zentrale Normen der Beurteilung die §§ 1 und 25 Abs. 1 GWB in Betracht. Weil sich nach der hier vertretenen Auffassung das Problem einer Empfehlung nicht als ein für die Preismeldestelle spezifisches darstellt, da dann bei jeglicher Mitteilung der Empfehlungscharakter untersucht werden müßte, soll hier eine Überprüfung nach § 38 Abs. 1 Nr. 10 und 11 GWB nicht vorgenommen werden.

§ 1: Die Verbotstatbestände

A) § 1 GWB Kartellverbot

Wenngleich in bezug auf § 1 GWB häufig vom Kartellverbot gesprochen wird, so muß doch zunächst festgehalten werden, daß durch den Wortlaut lediglich die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit angeordnet wird.

Es braucht nicht die Streitfrage geklärt zu werden, ob § 1 GWB selbst das Verbot ent-

hält ¹⁾, ob von einem gestreckten Verbots-
tatbestand ²⁾ gesprochen werden muß oder ob
das Verbot lediglich in § 38 I GWB zu fin-
den ist ³⁾, da nach allen Auffassungen sich
eine Unzulässigkeit im Sinne des Nichtdür-
fens mit der Konsequenz einer Sanktion nur
aus dem Zusammenspiel der Vorschriften der
§§ 1 und 38 Abs. 1 GWB ergibt.

Wird demnach die Frage nach der Zulässig-
keit des Errichtens bzw. Betreibens einer
Preismeldestelle geprüft, muß nach den ge-
schilderten Auffassungen feststehen, daß
die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllt sind,
gleichgültig, ob man der Ansicht vom Ver-
botsgesetz folgt oder die beiden anderen
Auffassungen bevorzugt, da auch § 38 Abs. 1
GWB das Vorliegen einer nach § 1 GWB unwirk-
samen oder nichtigen Vereinbarung verlangt.
Nach § 1 GWB sind Vereinbarungen, die "geeig-
net sind ..., die Marktverhältnisse ... durch
Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflus-
sen"unwirksam.

Der Tatbestand des § 1 ist damit im wesent-
lichen durch die drei Merkmale Vereinbarung,
Wettbewerbsbeschränkung und Marktbeeinflus-
sung gekennzeichnet. Anhand dieser Merkmale
soll nun die Zulässigkeit einer Preismelde-
stelle geprüft werden.

-
- 1) Rinck, Wirtschaftsrecht, Tz. 740; Seydel,
NJW 1957, 1300; Lukes, Kartellvertrag,
S. 121 und S. 186.
 - 2) Müller-Gries-Giessler, § 1 Rdnr. 6, 7;
Langen, § 1 Tz. 97; Müller-Henneberg, in:
GemK, § 1 Rdnr. 2; wohl auch Mestmäcker, BB
1968, 787.
 - 3) Frankf. Kommentar, § 1 Tz. 55; Jäger, aaO,
S. 52.

I. Vereinbarung

1. Vereinbarungen mit Bindungswirkung

Unter dem Oberbegriff der Vereinbarung sollen die beiden Formen Vertrag und Beschluß (ebenso § 29 GWB) verstanden werden ⁴⁾. Gemeinsam ist beiden, daß sich die Beteiligten dadurch binden wollen. Nach anderer Ansicht setzen die Rechtsbegriffe keinerlei "Verpflichtung der Beteiligten zu einem bestimmten Verhalten voraus" ⁵⁾. Sicher ist aber, daß nach allen Meinungen eine Vereinbarung iSd § 1 GWB vorliegt, wenn Verträge bzw. Beschlüsse mit bindender Wirkung geschlossen bzw. gefaßt wurden.

Gent man von der oben dargestellten rechtlichen Organisation der Preismeldestelle aus, so ist zunächst ein al zwischen Ring- und Sternverträgen zu unterscheiden.

a) Ringverträge

Der oben als Ringvertrag gekennzeichnete Organisationstypus zeichnet sich dadurch aus, daß die bei der Gründung einer Preismeldestelle Beteiligten untereinander Verträge schließen.

aa) Personalgesellschaften

Bei den Personalgesellschaften wird die Einrichtung zum Bestandteil des Gesellschafts-

4) Statt vieler Müller-Henneberg, in: GemK § 1, Anm. 24.

5) Lukes, Kartellvertrag, S. 123.

vertrages. Der Gesellschaftsvertrag gem. § 705 BGB ist aber Vertrag iSd § 1 GWB, da sämtliche zivilrechtlichen Verträge dieser Norm unterfallen.

bb) Körperschaften

Schwieriger ist die Situation bei den Körperschaften. Einmal kann schon im Gründungsvertrag die Verpflichtung zur Einrichtung einer Preismeldestelle genannt sein. Dann würde dieser dem Vertragsbegriff unterfallen, da die Gründungsgesellschaft immer BGB-Gesellschaft ist. Anders ist es hingegen, wenn bei einem schon bestehenden Verein oder einer Genossenschaft durch die Mitgliederversammlung der Beschluß zur Errichtung der Preismeldestelle gefaßt wird. Diese Konstellation wäre dem "Beschluß" des § 1 GWB unterzuordnen (siehe § 1 Abs. 1 GWB).

Fraglich ist aber, ob ein "Beschluß" iSd § 1 GWB vorliegt, wenn er vom Vorstand einer solchen Körperschaft gefaßt wird, da nach der hier vertretenen Auffassung eine Zurechnungswirkung für die Beteiligten eintreten muß.

Diese Bindung tritt nämlich nur ein, wenn die Vereinbarung innerhalb des Rahmens der durch die Satzung bezeichneten Aufgaben liegt. Während nach Müller-Henneberg ⁶⁾ ein

6) GemK § 1 Anm. 31.

solcher Beschluß möglich wäre, wenn die Umschreibung des Vereinszwecks weit genug gefaßt ist ("Förderung der gemeinsamen wirtschaftlichen Belange der Mitglieder"), fördern Langen ⁷⁾ und Müller-Gries-Giessler ⁸⁾ eine Satzungsbestimmung zur Ermächtigung von Beschlüssen kartellrechtlichen Inhalts, damit die Bindungswirkung eintritt ⁹⁾.

b) Sternverträge

Bei den Sternverträgen liegen Verträge iSd Zivilrechts zwischen den einzelnen Marktteilnehmern und der die Marktinformation beschaffenden Stelle vor. Es ist jedoch fraglich, ob dies ein Vertrag iSd § 1 GWB ist, da diese Vorschrift zunächst einmal den Kartelltatbestand umreißen will und sich das Kartell durch den Vertragsschluß von Teilnehmern einer Marktseite auszeichnet ¹⁰⁾. Geht man jedoch mit Müller-Henneberg davon aus, daß alle zivilrechtlichen Verträge dem Vertragsbegriff des § 1 GWB unterfallen, so liegt auch bei den hier als Sternverträgen bezeichneten Vereinbarungen ein Vertrag iSd § 1 GWB vor. Diese Ansicht verdient Anerkennung wegen des von der Rechtsprechung ¹¹⁾

7) § 1 Tz. 27.

8) § 1 Anm. 76.

9) Ebenso BGH, NJW 1971, 2029.

10) Müller-Henneberg, in: GemK Vorb. I 1 Rdnr. 1; a. A. Hefermehl, Kooperative Marktinformation, S. 26.

11) Vgl. WuW/E BGH 1147 (Teerfarben).

entwickelten Grundsatzes der Einheit der Rechtsordnung. Die Abgrenzung muß vielmehr auf der Ebene des gemeinsamen Zwecks erfolgen¹²⁾.

2. Gemeinsamer Zweck

a) Begriff

Durch die Nennung des gemeinsamen Zwecks wird klargestellt, daß in § 1 GWB nur Verträge gemeint sind, durch die sich die beteiligten Vertragsparteien zur Erreichung eines gemeinsamen Zwecks verpflichtet haben (Beschlüsse sind ausgenommen). Ein gemeinsamer Zweck ist immer dann anzunehmen, wenn der Vertrag nicht auf den bloßen Austausch von Leistungen gerichtet ist, sondern wenn sich die Beteiligten zu einem gesellschaftsrechtlichen oder gesellschaftsähnlichen Verhältnis verbunden haben, den Vertragszweck durch das im Vertrag festgelegte Verhalten zu fördern¹³⁾. Streitig ist jedoch, ob der gemeinsame Zweck in der Marktbeeinflussung

12) Vgl. Biedenkopf, BB 1966, 1113 (117); Müller-Henneberg, in: GemK § 1, Rdnr. 3b.

13) BGHZ 31, 105 (Glasglühkörper) = WuW/E BGB 359 = BB 1959, 1274; WuW/E BGH 810 (Flußspat) = BB 1964, 1022 = NJW 1964, 2343; WuW/E BGH 814 (Zimcofot) = BB 1966, 754; Müller-Gries-Giessler, § 1 Anm. 61; Müller-Henneberg, in: GemK § 1 Anm. 15; a. A. Frankf. Komm., § 1 Tz. 9.

durch Wettbewerbsbeschränkung liegen muß, oder ob ein beliebiger Zweck genügt, wenn er nur gemeinsam ist.

aa) Wettbewerbsbeschränkung als gemeinsamer Zweck

Aus dem Bedeutungszusammenhang und der Systematik des Gesetzes, insbesondere dem Verhältnis von § 1 GWB zu den Ausnahmever-schriften der §§ 2-8 GWB und den sonstigen Verträgen, wird zum Teil gefolgert, daß sich der gemeinsame Zweck auf die Wettbewerbsbeschränkung beziehen müsse ¹⁴⁾.

bb) Beliebiger Zweck als gemeinsamer Zweck

Geht man jedoch vom Wortlaut des Gesetzes aus, der von der Eignung, die Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen, spricht, so kann es lediglich darauf ankommen, ob die Vereinbarung objektiv geeignet ist, die Marktverhältnisse auf die bezeichnete Art zu beeinflussen. Es geht also daraus nicht hervor, daß der

14) Müller-Henneberg, in: GemK § 1 Rdnr. 36; ders., WuW 1963, 877 (879); Frankf. Kommentar, § 1 Tz. 7 und Tz. 26; Müller-Gries-Giessler, § 1 Anm. 62; Spengler, WuW 1960, 757; Gleiss/Hootz, NJW 1963, 1339; Lieberknecht/Gnauk, BB 1963, 1067; Fikentscher, BB 1958, 211 (a. A. aber WuW 1960, 680); Möhring, NJW 1964, 1361; Ewald, WuW 1956, 253; wohl auch Benisch, DB 1969, 247; neuerdings auch Hoffmann, BB 1975, 628.

gemeinsame Zweck dieses Tatbestandsmerkmal umfassen muß. Er kann vielmehr auf jeden beliebigen Zweck gerichtet sein ¹⁵⁾.

cc) Ergebnis

Somit steht fest, daß jeder beliebige, auch der wettbewerbsneutrale Zweck genügt.

b) Preismeldestelle-Vertrag als Vertrag zu einem "gemeinsamen Zweck"

Es muß nun die Frage gestellt werden, ob der Preismeldestelle-Vertrag eine Vereinbarung zu einem gemeinsamen Zweck ist. Dabei ist zu berücksichtigen, daß von den Beteiligten ganz verschiedene Zielrichtungen angestrebt werden.

aa) Ringverträge

Bei den Ringverträgen wird nach den Angaben der Beteiligten eine Verbesserung des Wettbewerbs angestrebt. Notwendig ist dafür aber die Förderung von Markttransparenz, d. h. die Markttransparenz wird zum Mittel zur Er-

15) BGHZ 30, 39; 31, 105 (111); 32, 306 (311); WuW/E BGH 359 (363) Glasglühkörper; Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 17 und 45; Langen, § 1 Tz. 30; Rasch/Westrick, § 1 Anm. 8; Fikentscher, WuW 1960, 680; Kartte, WuW 1963, 565 (571); Klaue, BB 1964, 538; Merle, Diss., S. 24 ff.; Emmerich, BB 1975, 766 (767); ders., NJW 1975, 1599; Fikentscher, in: Festschrift für H. Westermann, S. 87 (105/107).

reichung dieses Zieles. In der Annahme des gemeinsamen Zweckes genügt es aber, daß "ein dem Endzweck dienendes Mittel gemeinschaftlich ist" ¹⁶⁾. Damit ist die Förderung von Markttransparenz als gemeinsamer Zweck anzunehmen.

bb) Sternverträge

Schwieriger gestaltet sich die Frage bei den Sternverträgen. Hier werden nämlich Marktinformationen gegen Entgelt angeboten ¹⁷⁾. Man könnte sie daher als reine Austauschverträge kennzeichnen ¹⁸⁾.

Dabei bliebe jedoch unberücksichtigt, daß gleichlautende Erklärungen mehrerer Unternehmen an einen Dritten "wechselbezogen" ¹⁹⁾ sind. Man muß daher davon ausgehen, daß die gemeinsame Verfolgung eines gemeinschaftlichen Zieles auch dem "gemeinsamen Zweck" des § 1 GWB unterfällt, wenn dies durch eine Mehrzahl einzelner Verträge, statt durch einen Gesellschaftsvertrag geschieht ²⁰⁾. Ebenso hat das BKartA wiederholt eine Ver-

16) BGH, NJW 1951, 3081.

17) Nach Menze, DB 1973, 1029, betragen die Kosten 1 0/00 des Umsatzes.

18) So Merle, Diss., S. 39; Krahe, WRP 1969, 475 (478); Maul, WRP 1965, 159 (160).

19) Biedenkopf, BB 1966, 113 (117).

20) Rinck, Wirtschaftsrecht, 3. Aufl., Tz. 668; Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 38; Baumbach/Hefermehl, § 1 Anm. 18; Rautenberg, NJW 1959, 2239 (2240); Maul, WRP 1965, 159 (161); ähnlich Krieger, DB 1964, 361.

einbarung zu einem gemeinsamen Zweck angenommen, wenn in den Individualverträgen Abmachungen getroffen worden sind, die, falls sie Inhalt eines gemeinsamen Vertrages werden, als Vertrag zu einem gemeinsamen Zweck zu qualifizieren sind. Beim Sternvertrag ist hier besonders bedeutsam, daß der Einzelvertrag völlig unsinnig wäre, wenn sich nicht auch andere Unternehmen zum Vertragschluß entschließen würden; denn ansonsten könnte nichts zur Rückmeldung gelangen, was dem Unternehmen nicht schon bekannt ist ²¹⁾. Im übrigen ist eine entsprechend zuverlässige Information nur möglich, wenn sich Mitbewerber mit einem Marktanteil von zusammen 80-90 % an dem Verfahren beteiligen ²²⁾.

II. Wettbewerbsbeschränkung

Der Tatbestand des § 1 GWB setzt einen Kausalzusammenhang zwischen der Vereinbarung und der Marktbeeinflussung voraus. Allerdings fallen nicht alle Formen der Marktbeeinflussung unter § 1 GWB, sondern nur solche, die die Marktverhältnisse "durch Beschränkung des Wettbewerbs" beeinflussen.

Die Preismeldestellen ²³⁾ sind also nur dann unter § 1 GWB zu subsumieren, wenn sie den

21) Vgl. TB 1965, S. 25.

22) Menze, DB 1973, 1029 (1031).

23) Die Untersuchung beschränkt sich ab hier der Einfachheit halber auf die vertraglichen Preismeldestellen. Für die durch Beschluß eingeführten und betriebenen gilt das folgende entsprechend, da nur beim Tatbestandsmerkmal "zu einem gemeinsamen Zweck" eine Unterscheidung notwendig war.

Wettbewerb beschränken.

Im zweiten Teil wurde zwar festgestellt, daß unter bestimmten Voraussetzungen der Wettbewerb beschränkt wird. Das i wurde jedoch von einem ökonomischen Wettbewerbsbegriff ausgegangen.

Eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB läge demnach vor, wenn der wirtschaftswissenschaftliche Begriff übernommen werden könnte.

1. Der Wettbewerbsbegriff

Das GWB enthält keine Legaldefinition des Begriffes. Die Rechtswissenschaft hat daher versucht, den "Wettbewerb" so zu bestimmen, daß er für die praktische Rechtsanwendung brauchbar wird ²⁴⁾. Hierum haben sich vor allen Borchardt-Fikentscher ²⁵⁾, Knöpfle ²⁶⁾, Lukes ²⁷⁾, Flaßmann ²⁸⁾ und Sandrock ²⁹⁾ besonders verdient gemacht.

Trotz dieser umfangreichen Untersuchungen hat sich eine einheitliche Definition des Tatbestandsmerkmals "Wettbewerb" bisner nicht

24) Vgl. dazu Baur, ZHR 134 (1970), 97; Barnickel, ZHR 131 (1968), 361.

25) In "Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung".

26) Der Rechtsbegriff Wettbewerb und die Realität des Wirtschaftslebens.

27) Zum Verständnis des Wettbewerbs und des Marktes in der Denkkategorie des Rechts, in: Festschrift für Böhm.

28) JZ 1968, 81.

29) Grundbegriffe.

durchsetzen können. Unter Berücksichtigung der neueren wirtschaftswissenschaftlichen Forschung, die den Wettbewerb als einen dynamischen Prozeß, beruhend auf Handlungen der Marktteilnehmer unter Berücksichtigung des Zeitablaufs, ansieht ³⁰⁾, ist nach Lukes ³¹⁾ der Wettbewerb ein "Komplex von aktuellen oder beabsichtigten Handlungen in bezug auf ein bestimmtes Gut". Nach Borchardt-Fikentscher ³²⁾ und Sandrock ³³⁾ besteht er im "Streben nach Geschäftsverbindungen mit Dritten", das sich nach Plaßmann ³⁴⁾ in "Anpassung oder Überflügelung in den Geschäftsbedingungen ausdrückt".

Ganz anders hingegen definiert Knöpfle ³⁵⁾. Für ihn ist der Wettbewerb durch die äußeren Umstände gekennzeichnet, die vorhanden sein müssen, damit sich ein Wettbewerbsprozeß entfalten kann. Diese äußeren Umstände seien die "wirtschaftlichen Erfordernisse, Risiken,

30) So etwa Abbott, Qualität und Wettbewerb, S. 117; Lutz, ORDO VIII (1956), 19 (32); Hayek, Individuum und wirtschaftliche Freiheit, S. 125, 130; Hoppmann, in: Festschrift für Wessels, S. 145 (148); ders., Wettbewerb als Aufgabe, S. 61 (92).

31) Festschrift für Böhm, S. 220.

32) Siehe FuBn. 25 S. 86

33) FuBn. 29 S. 86.

34) JZ 1968, 81 (85).

35) FuBn. 26 S. 86.

und Chancen, die sich für den einzelnen Marktbeteiligten daraus ergeben, daß die Marktpartner unter verschiedenen Anbietern (Nachfragern) wählen können oder doch von einem Anbieter (Nachfrager) auf andere ausweichen können" ³⁶⁾. Da dieser Begriff für die Rechtsanwendung kaum brauchbar ist ³⁷⁾, soll hierauf nicht weiter eingegangen werden.

Von geringfügigen Abweichungen einmal abgesehen ³⁸⁾, hat sich im Grundsatz der von Borchardt-Fikentscher geprägte Begriff durchgesetzt ³⁹⁾. Diese sehen jedes "selbständige Streben sich gegenseitig im Wirtschaftserfolg beeinflussender Anbieter oder Nachfrager (Mitbewerber) nach Geschäftsverbindungen mit Dritten (Kunden) durch Inaussichtstellen möglichst günstiger Geschäftsbedingungen" als Wettbewerb an ⁴⁰⁾.

Unter Berücksichtigung der Marktformenlehre und unter Ausscheiden der Nicht-Wettbewerbs- und Monopolfälle hat Sandrock den Begriff

36) Knöpfle, aaO, S. 222.

37) Knöpfle, aaO, S. 240.

38) Lukes, in: Festschrift für Böhm, S. 119 (202).

39) Bartholomeyczik, in: GemK, § 22 Rdnr. 34, 2. Aufl.; Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 47, 2. Aufl.

40) Borchardt-Fikentscher, aaO, S. 15; ebenso Brugger, WuW 1969, 467 (478). Im Anschluß an die Kritik von Kummer, aaO, S. 148, definiert Fikentscher, WuW 1961, 788 (798), "durch Inaussichtstellen günstig erscheinender Geschäftsbedingungen". A. A. Sölter, Nachfragemacht, S. 55, der die Position der Anbieter und/oder Nachfrager in den Wettbewerbsbegriff mit einbeziehen will; kritisch dazu Fikentscher, WuW 1960, 680 (684).

von Borchardt-Rikentscher fortentwickelt. Er definiert ⁴¹⁾: "Wirtschaftlicher Wettbewerb ist das selbständige Streben von Unternehmen nach Geschäftsabschlüssen mit Kunden oder Lieferanten, wenn das einzelne Unternehmen dabei in seinem Geschäftserfolg von dem Verhalten anderer, ihm als Einzelunternehmen oder als Gruppe zur Seite stehender Unternehmen (einseitig oder zweiseitig) fühlbar abhängig ist und, wenn es sein marktstrategisches Verhalten dieser anderen Unternehmen, zu denen auch potentielle Kivalen zu rechnen sind, ausrichten muß, indem es bei der Vornahme seiner Wettbewerbshandlungen zur Förderung des Absatzes/Bezugs (wie Festsetzung des Preises, Entscheidung über Qualität des Gutes, Lieferung/und Zahlungsbedingungen, Modalitäten der Abnahme, Werbung usw.) die entsprechenden Wettbewerbshandlungen der anderen Unternehmen berücksichtigt."

Diese Definition soll der Untersuchung zugrunde gelegt werden, da sie ein hohes Maß von Praktikabilität für die Rechtsanwendung bietet. Hiergegen wird eingewandt, die so erreichte Praktikabilität gehe auf Kosten der Realität des Wettbewerbsbegriffes ⁴²⁾.

Auf der einen Seite ist durch die durch Kantzenbachs Schrift "Die Funktionsfähig-

⁴¹⁾ Sandroch, Grundbegriffe, S. 129/130.

⁴²⁾ Baur, ZHR 134 (1970), 97 (100).

keit des Wettbewerbs" ⁴³⁾ ausgelöste wissenschaftliche Diskussion ⁴⁴⁾ klargeworden, daß jede Beurteilung des Wettbewerbs vom Standpunkt einer bestimmten Marktform eine Verkürzung entweder der gesellschaftspolitischen oder ökonomischen Wettbewerbsfunktionen mit sich bringt. Bestimmt man den Wettbewerb von der Marktform des Polypols her, vernachlässigt man die ökonomischen Wettbewerbsfunktionen. Ist das Oligopol die Grundlage der Beurteilung, bleiben die gesellschaftspolitischen Wirkungen des Wettbewerbs außer Betracht ⁴⁵⁾.

Auf der anderen Seite steht fest, daß eine inhaltliche Bestimmung des Begriffes "Wettbewerb" ohne Berücksichtigung der Marktform ein hohes Maß an Praktikabilität einbüßt ⁴⁶⁾. Da es in der vorliegenden Untersuchung um ein spezielles kartellrechtliches Problem geht, muß ein möglichst praktikabler Wettbewerbsbegriff zugrunde gelegt werden.

Sollte sich bei unseren Ergebnissen zeigen, daß bestimmte wettbewerbspolitische Funktionen nicht oder in nicht ausreichendem Maße berücksichtigt wurden, so wird zu untersuchen sein, ob dies auf den zugrunde gelegten Wettbewerbsbegriff zurückzuführen ist. Dann müßte darauf noch eingegangen werden.

⁴³⁾ Nunmehr in der 2. Aufl. 1969.

⁴⁴⁾ Vgl. Hoppmann, JbNST 179 (1966), 286; ders., in: Wettbewerb als Aufgabe, S. 91.

⁴⁵⁾ Biedenkopf, WuW 1968, 3 (10).

⁴⁶⁾ Das wird selbst von den Kritikern der Auffassung Sandrocks nicht verkannt; vgl. Baur, ZHR 134 (1970), 97 (106).

2. Beschränkung des Wettbewerbs

Weniger umstritten als der Begriff des Wettbewerbs ist in der Rechtswissenschaft die Wettbewerbsbeschränkung ⁴⁷⁾. Umstritten ist jedoch, ob die Beschränkung Inhalt der Vereinbarung sein muß, oder ob es ausreicht, daß die Wettbewerbsbeschränkung lediglich eine Folge der Vereinbarung ist.

a) Stand der Meinungen

aa) Wettbewerbsbeschränkung iSd Gegenstandstheorie

Die Gegenstandstheorie ⁴⁸⁾ fordert als Gegenstand (Inhalt) des Vertrages eine Beschränkung der wettbewerbsrechtlichen Handlungsfreiheit der Vertragsbeteiligten. Danach wäre ein Preismeldevertrag nicht unter § 1 GWB zu subsumieren, solange er nicht die Verpflichtung zur Wettbewerbsbeschränkung enthielte ⁴⁹⁾.

47) Zum volkswirtschaftlichen Wettbewerbsbegriff und der daraus zu definierenden Wettbewerbsbeschränkung nach dem Modell des funktionsfähigen Wettbewerbs vgl. Schmidt, Wettbewerbspolitik, S. 27-46. Danach liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, wenn gegen mindestens eine der sechs Wettbewerbsfunktionen verstoßen wird.

48) Eine umfangreiche Übersicht über die Vertreter der Gegenstandstheorie gibt Erlinghagen, Wettbewerbsbeschränkung, S. 1+0, 42; nach Hoffmann, BB 1975, hat sich der BGH in dem Aluminium-Halbzeug-Beschluß (NJW 1975, 788 = BB 1975, 106) ebenfalls für die Gegenstandstheorie ausgesprochen; dagegen aber zu Recht: Emmenrich, BB 1975, 766 und NJW 1975, 1599; Knöpfle, NJW 1975, 986. Eine Entscheidung für die Gegenstandstheorie kann darin nicht gesehen werden, da eine Stellungnahme des BGH zu diesem Problem gar nicht getroffen wurde.

+9) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 72.

Diese Meinung findet ihre Begründung vornehmlich in der historischen Auslegung des Gesetzes.

(1) Die amtliche Begründung des Entwurfs zu § 1 GWB enthält den Hinweis auf die Anlehnung an die "Ergebnisse der bisherigen Entwicklung" bezüglich des Kartellbegriffs ⁵⁰⁾. Wegen der ausdrücklichen Bezugnahme in der Begründung zu § 1 GWB auf § 1 der KartVO von 1923, die "Verträge und Beschlüsse betraf, welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen enthalten", wird gefolgert, daß es für die Auslegung des Kartellbegriffs nur auf "Verpflichtungen über" ein Marktverhalten ankam, also auf Wettbewerbsbeschränkungen, die den Gegenstand des Vertrages bildeten.

(2) Eine weitere Begründung der Gegenstandstheorie bildet der Hinweis auf den Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses über eine Sitzung vom 26. 9. 1956 ⁵¹⁾. In diesem Bericht wird ein eindeutiges Votum für die Gegenstandstheorie gesehen, da ein "Zusammenschluß mehrerer selbständiger Unternehmen, der keine Kartellzwecke verfolgt, d. h. nach seinem Gründungsvertrag oder seiner Satzung nicht die Marktverhältnisse durch Beschrän-

50) Zu § 1 Ziff. 1, abgedruckt in: GemK, 1. Aufl., S. 1074.

51) Schriftlicher Bericht II zu § 1 GWB, abgedruckt in: GemK, 1. Aufl., S. 1175.

kung des Wettbewerbs zu beeinflussen geeignet ist", dem Verbot des § 1 GWB nicht unterliegt, "gleichgültig, welche Rechtsform er gewählt hat. Werden aber durch Vertrag oder Beschluß Verpflichtungen zu einem bestimmten, den Wettbewerb beschränkenden Marktverhalten begründet, sind die Voraussetzungen des § 1 GWB erfüllt". Diese Äußerung, die im Zusammenhang mit der kartellrechtlichen Beurteilung von Genossenschaften stand, gab Anlaß zu der Fragestellung, ob § 1 GWB dahin auszulegen sei, daß die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt und Gegenstand der Vereinbarung sein müsse. Gegen Benisch ⁵²⁾, der auf den wettbewerbsbeschränkenden Erfolg abstellte, vertraten Westermann ⁵³⁾ und Günther ⁵⁴⁾ die Ansicht, daß Einkaufsgenossenschaften, soweit ein Bezugszwang nicht bestand, dem Verbot des § 1 GWB nicht unterfielen.

Dem Kammergericht erscheint zweifelhaft, "ob aus dieser Verlautbarung so weitgehende Folgerungen gezogen werden können" ⁵⁵⁾. Bei der Auslegung des Gesetzes ist die Entstehungsgeschichte sicherlich bedeutungsvoll, allerdings müssen die Motive erkennen lassen, welchen konkreten Sachverhalt der Gesetzgeber

52) F. S. Isay, S. 231.

53) Einkaufszusammenschlüsse.

54) MA 1957, 36.

55) KG BB 1972, 1241 (1242) (Tuben).

regeln wollte ⁵⁶⁾. Entscheidend ist der im Gesetz objektivierte Wille des Gesetzgebers ⁵⁷⁾. Willensäußerungen einzelner Staatsorgane, insbesondere in einem Ausschlußbericht, können nicht ausschlaggebend sein, zumal wenn entgegenstehende Äußerungen in der Entstehungsgeschichte zu finden sind ⁵⁸⁾.

(3) Unter dem Aspekt der Entstehungsgeschichte des Gesetzes sind auch die Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts (Art. 65 MUV, Art. 85 EWGV) von Bedeutung. Aus der Tatsache, daß den Verfassern des GWB die vergleichsweise weit gefaßten Regelungen des europäischen Gemeinschaftsrechts bekannt waren ⁵⁹⁾, aber nicht übernommen wurden, wird der Schluß gezogen, daß der Gesetzgeber einen engeren Kartelltatbestand schaffen wollte, der lediglich mittelbar auf der Vereinbarung beruhende Wettbewerbsbeschränkungen nicht umfassen sollte ⁶⁰⁾.

(4) Einen weiteren Anhaltspunkt für die Gegenstandstheorie sieht Benisch nach der Novellierung 1973 im Wortlaut des § 25 Abs. 1

56) WuW/E BGH 802 (Schallplatten).

57) BVerfG, NJW 1960, 1563.

58) Lukes, Der Kartellvertrag, S. 125; Strickrodt, WuW 1957, 75 (78).

59) Der MUV trat am 25. 7. 1952 in Kraft; der EWGV trat zwar mit dem GWB am 1.1.1958 in Kraft; beide Regelungen haben jedoch eine gleichzeitige Vorgeschichte.

60) Hefermehl, Kooperative Marktinformation, S. 29.

n. F. GWB ⁶¹⁾. Trotz der Möglichkeit, unter einer Vielzahl sich bietender Alternativen wählen zu können, hat der Gesetzgeber die Formulierung "zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung" in das Gesetz aufgenommen. Damit werde die Gegenstandstheorie erhärtet. Auch mittelbare Wettbewerbsbeeinträchtigungen werden von § 1 GWB nicht erfaßt.

Dagegen wendet das Kammergericht ⁶²⁾ ein, § 25 Abs. 1 n. F. besage nur, daß Wettbewerbsbeschränkungen, die nicht zum Gegenstand einer Vereinbarung gemacht werden dürfen, auch nicht Gegenstand aufeinander abgestimmter Verhalten sein dürfen ⁶³⁾. Es gehe in § 25 Abs. 1 n. F. nicht um eine Auseinandersetzung zwischen Gegenstands- und anderen Theorien, sondern der Gesetzgeber wollte damit die Anforderungen an den Nachweis einer wettbewerbsbeschränkenden Willensübereinkunft der Unternehmen mildern.

(5) Neben der Begründung aus der Entstehungsgeschichte wird von Müller-Henneberg die Systematik des Gesetzes für die Richtigkeit der Gegenstandstheorie herangezogen ⁶⁴⁾.

Da die §§ 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 5 Abs. 1, 5 a den Ausnahmebereich vom "Vertragsgegenstand"

61) Benisch, WuW 1974, 69 (71).

62) WuW/E OLG 1487 (1492) Gemeinsame Zementverkaufsstelle.

63) Ebenso BGH, NJW 1975, 1837 (1840).

64) in: GemK, § 1 Rdnr. 72.

her umschreiben, ergäbe sich die eigenartige Konsequenz, daß für solche Verträge keine Ausnahme vorgesehen sei, wenn man entgegen der Gegenstandstheorie auch solche Vereinbarungen unter § 1 GWB fasse, die eine Wettbewerbsbeschränkung lediglich bewirken.

Ein weiteres Indiz für die Richtigkeit dieser Auffassung sei die Klammerdefinition des Syndikats in § 5 Abs. 3 Satz 1 GWB, da hier eindeutig zum Ausdruck komme, daß gemeinsame Beschaffungs- und Vertriebsseinrichtungen nur dann den Wettbewerb beschränken, wenn sie mit der Verpflichtung zu ausschließlichem Bezug oder Vertrieb bei der bzw. durch die Zentralstelle verbunden sind ⁶⁴⁾.

Geht man somit davon aus, daß eine Wettbewerbsbeschränkung dann vorliegt, wenn Unternehmen, die auf ein und demselben Markt tätig sind, sich verpflichten, bestimmte Markthandlungen nicht vorzunehmen ⁶⁵⁾, so ist bei dem Vertrag zur Gründung und Durchführung einer Preismeldestelle keine Wettbewerbsbeschränkung gegeben, da alle Marktteilnehmer an der Vornahme von Markthandlungen rechtlich nicht gehindert sind.

Anders ist es jedoch zu beurteilen, wenn sich die Vertragsbeteiligten verpflichten, vor

65) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 72.

66) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 60.

Neueinführung von Preisen ⁶⁷⁾ eine Meldung an die Zentralstelle vorzunehmen und dabei bestimmte Zeiträume einzuhalten sind. Hier liegt eindeutig eine Wettbewerbsbeschränkung vor, da es darauf ankommt, daß die Unternehmen in der Lage sein müssen, jederzeit Markthandlungen vorzunehmen ⁶⁸⁾.

Demgegenüber sah das BKartA im Tubenhersteller-Fall eine Wettbewerbsbeschränkung darin, daß die vertraglich auferlegten Pflichten zur Meldung und Offenlegung von Preisen bereits als rechtliche Verpflichtung zur Dämpfung von Preisausschlägen zu verstehen sind, da die Preismeldestelle von Unternehmen betrieben wurde, die ein Oligopol bildeten, und nur homogene Produkte betraf ⁶⁹⁾.

Nach einer anderen Auffassung ⁷⁰⁾ besteht in diesem Fall die Wettbewerbsbeschränkung in der durch Vertrag begründeten Verpflichtung, Wettbewerbshandlungen nur unter bestimmten Bedingungen vorzunehmen - hier Meldung -.

67) Nur möglich bei Preislistenhinterlegung.

68) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 79.

69) BKartA, WuW 1972, 661.

70) Markert, DB 1963, 1455 (1457); ders., BB 1964, 62 (64); Pickel, BB 1963, 699 (707); Hoppmann, WuW 1966, 97 (120); ders., WRP 1966, 16 und 300; Säcker, BB 1967, 681 (685); Süner, DB 1971, 2458 (2460).

Die dritte Meinung ⁷¹⁾ geht davon aus, daß der Geheimwettbewerb dem Wettbewerbsbegriff des GWB unterfällt und geschützt werden soll. Da dies die einzige Möglichkeit vorstoßenden Wettbewerbs ist, sei der Verzicht auf den Geheimwettbewerb durch Meldung von Markthandlungen eine Wettbewerbsbeschränkung ⁷²⁾.

Zu den vielen Versuchen, mit Hilfe der Gegenstandstheorie im Falle der Preismeldestelle eine Wettbewerbsbeschränkung anzunehmen, muß angemerkt werden, daß sie alle höchst problematisch erscheinen und letztlich in ihrer Begründung nicht befriedigen.

Die faktische Erschwerung der "parametrischen Aktivitäten" ⁷³⁾ kann nämlich nicht, wie nach dieser Theorie erforderlich, als eine rechtliche Beschränkung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit ausgelegt werden, da diese nicht durch die Vereinbarung beschränkt wird, sondern allenfalls dadurch, daß infolge der Vereinbarung ein Anreiz zu Wettbewerbshandlungen fehlen kann ⁷⁴⁾.

71) Hoppmann, WuW 1966, 97 (100); ders., WRP 1966, 16; Pickel, BB 1963, 699 (707); ähnlich auch BGH, NJW 1975, 788 (789), bei dem allerdings nicht ganz klar wird, ob der Verzicht auf Geheimwettbewerb eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Gegenstandstheorie darstellen soll - so die Ausführungen unter III. 2 - oder aber ob daraus bestimmte Folgen erwachsen, die Wettbewerbsbeschränkungen darstellen - so die Ausführungen unter III. 2. a).

72) Vgl. BGH, NJW 1975, 789 (790).

73) Vgl. Markert, DB 1963, 1455 (1456).

74) Hefermehl, Marktinformation, S. 34.

Obwohl der BGH in der "Aluminium-Halbzeug" Entscheidung ⁷⁵⁾ zu der Frage, ob er im Grundsatz der Gegenstandstheorie zuneige, nicht ausdrücklich ⁷⁶⁾ Stellung nimmt ⁷⁷⁾, ist für ihn eine Beeinträchtigung der wettbewerblichen Handlungsfreiheit gegeben" ⁷⁸⁾. Er sieht also die Wettbewerbsbeschränkung in der Freiheitsbeschränkung. Zur Begründung führt er an, daß der Wettbewerb beschränkt sei, wenn durch den Vertrag die Intensität des Wettbewerbs vermindert werde ⁷⁹⁾. Damit nennt er jedoch nicht die Voraussetzung, sondern die Folge der Wettbewerbsbeschränkung, die wiederum aus der Freiheitsbeschränkung erwächst. Folgt man dem BGH aber in seiner Auffassung, so müßten die Unternehmen durch den Preismeldestellen-Vertrag in ihrer wettbewerbsrelevanten Freiheit eingeengt sein.

Durch die Beteiligung am Betreiben einer Preismeldestelle bleiben die Unternehmen in der Gestaltung ihrer Preise und/oder preisbestimmenden Daten frei. Durch die Verpflichtung, Preise zu melden, ist ihnen also eine Freiheit nicht genommen, es sei denn, man be-

75) NJW 1975, 786.

76) Benisch meint, der BGH habe hier die Gegenstandstheorie vertreten (WuW 1975,46), wohingegen Hintze Hinweise auf die Anwendung der Zwecktheorie erkennt (MA 1975,46) ebenso Emmerich, BB 1975, 766.

77) Vgl. Knöpfle, NJW 1975, 986; Axster/Reimann, GRUR 1976, 1 (3).

78) BGH, NJW 1975, 788 (789).

79) BGH, aaO.

trachtet die Freiheit, Preise nicht mitzuteilen als eine solche. Die Preisweldung kommt aber ohne die Existenz einer Zentrale für Unternehmen gar nicht in Betracht, so daß in Ergebnis den Unternehmen durch Abschluß des Vertrages nicht ein Tun bzw. Unterlassen verboten wird, das ihnen vorher gestattet war ⁵⁰⁾, sondern es wird eine Handlungspflicht begründet, die zuvor nicht vornehmbar war.

Der BGH ist jedoch der Auffassung, daß auch die Vereinbarung einer Handlungspflicht, selbst wenn die Handlung ohne die Preisweldestelle nicht vorgenommen werden könnte, die wettbewerbsrelevante Freiheit beschränkt, da er der vertraglichen Verpflichtung zum "Verzicht auf den "sog. Geheimwettbewerb" einen im Rahmen des § 1 GWB beachtlichen wettbewerbsbeschränkenden Charakter" zuerkennt ⁵¹⁾. Er geht demnach von der Voraussetzung aus, § 1 GWB enthalte ein Verbot auf Errichtung des Geheimwettbewerbs. Die Umwandlung der Pflicht zur Vornahme einer Handlung, die aber ohne die Errichtung einer Preisweldestelle gar nicht vornehmbar wäre, in ein Verbot, muß jedoch auf starke Bedenken stoßen ⁵²⁾. Die Anwendung von § 1 GWB unter Anwendung der Gegenstandstheorie muß folglich eben diesen Bedenken begegnen. Gerade der zweite Teil dieser Untersuchung hat gezeigt, daß die bei einigen Konstellationen auftretende Verwanderung der

50) Vgl. Knöpfle, NW 1975, 986.

51) BGH, aaO.

52) Ebenso Knöpfle, NW 1975, 986 (987).

Wettbewerbsintensität nicht auf die Vereinbarung der Meldepflicht als solche zurückzuführen ist, sondern daß die unternehmensinternen Überlegungen aus der Kenntnis der Marktdaten zu einem bestimmten Marktverhalten führen. Der aus der Marktkenntnis möglicherweise resultierende Zwang, eine bestimmte Handlung vorzunehmen, ist also eine Folge des Vertragsschlusses.

bb) Wettbewerbsbeschränkung im Sinne der Folgentheorie

Nach der Folgentheorie ⁸³⁾ genügt ein Vertrag beliebigen Inhalts, der geeignet ist, die Marktverhältnisse bezüglich des Wettbewerbs zu beeinflussen ⁸⁴⁾. Danach wäre beim Preisermeldevertrag eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 1 GWB gegeben, wenn der Vertrag in Verbindung mit außerhalb des Vertrages liegenden Umständen zu einem Nachlassen des Wettbewerbsstrebens führt oder führen kann und dadurch geeignet ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen ⁸⁵⁾. Dabei braucht der Vertrag nicht die einzige Ursache für die Wettbewerbsbeschränkung zu sein ⁸⁶⁾.

(1) Die Folgentheorie wird zum Teil mit dem Hinweis auf § 15 GWB begründet, der auch

83) Eine umfangreiche Übersicht über die Vertreter der Folgentheorie gibt Erlinghagen, Wettbewerbsbeschränkung, S. 140, Fußn. 53.

84) Statt aller Sandroock, Grundbegriffe, S. 242.

85) Ähnlich BGH, NJW 1975, 788 (789/790).

86) Vgl. Benkendorff, WRP 1962, 312 (313).

wirtschaftliche Bindungen erfaßt⁸⁷⁾. Auch für Beschränkungen im Sinne des § 20 GWB genügen nach überwiegender Meinung wirtschaftliche oder indirekte Beschränkungen, d. h. Vereinbarungen, die zwar formal die wettbewerbliche Handlungsfreiheit unberührt lassen, die sich aber faktisch als Hindernis der freien Entscheidung auswirken⁸⁸⁾.

Dagegen wird jedoch eingewandt, daß sich aus § 15 GWB genau das Gegenteil ergeben müsse⁸⁹⁾. Wenn der Gesetzgeber es nämlich für notwendig gehalten habe, die wirtschaftliche Bindung ausdrücklich zu erwähnen, so könne das Fehlen dieses Merkmals in § 1 GWB nur bedeuten, daß für den Bereich dieser Bestimmung die wirtschaftliche Bindung nicht der rechtlichen gleichgestellt werden solle⁹⁰⁾.

(2) Stärkeres Argument der Folgentheorie ist der Gesetzeszweck. Dabei dürfte nicht ausschlaggebend sein, ob der Akzent auf den institutionellen Schutz des Wettbewerbs oder der individuellen Freiheit und Chancengleichheit der Marktbeteiligten gelegt wird⁹¹⁾. Auch unter dem Aspekt des Freiheitsschutzes⁹²⁾

87) Sandrock, Grundbegriffe, S. 242.

88) Frankfurter Kommentar, § 20 Anm. 31, 73, 76.

89) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 72.

90) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 72.

91) Vgl. hierzu Brugger, WuW 1959, 467 (469/470).

92) Vgl. hierzu Biedenkopf, Grundsatzfragen, S. 32; Günther, WuW 1958, 379.

befriedigt die Gegenstandstheorie nicht, da sie nur die Handlungsfreiheit der an der Vereinbarung Beteiligten berücksichtigt, nicht aber die Betätigungsfreiheit Dritter im Auge hat ⁹³⁾. Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs wie auch die individuelle Freiheit und Chancengleichheit kann aber auch von Verträgen beeinträchtigt werden, welche die wettbewerbliche Handlungsfreiheit der Vertragspartner unberührt lassen. Das Charakteristikum des Kartells sind aber gerade die "Außenwirkungen" auf den Markt ⁹⁴⁾. Diesem Phänomen gegenüber war jedoch das traditionelle Privatrecht indifferent ⁹⁵⁾.

Die Folgentheorie, so sagen die Befürworter, werde der Zwecksetzung des Gesetzes besser gerecht, da sie unmittelbar an die Marktfolgen anknüpfe, ohne das formale Kriterium der Beeinträchtigung der Handlungsfreiheit der Beteiligten vorzuschalten.

Abgesehen von der Gefahr eines Zirkelschlusses bei einer Interpretation vom Zweck des Gesetzes her ⁹⁶⁾, wird gegen die Folgentheorie

93) Vgl. Hoppmann, DB 1970, 93 (95); Meyer-Cording, WuW 1962, 461 (470); Sandrock, BB 1973, 101 (104).

94) Vgl. hierzu BGH, NJW 1975, 788 (790) und die Anmerkung von Knöpfle, NJW 1975, 986.

95) Anders jedoch die neuere, nicht zuletzt durch das Kartellrecht geförderte, institutionelle Theorie des Privatrechts; vgl. Raiser, in: FS dt. Juristentag 1960, S. 101; Biedenkopf, in: FS Böhm, S. 113; Mestmäcker, DB 1968, 787.

96) Vgl. Ballerstedt, in: FS Böhm, S. 178/188.

eingewandt, daß sie mit dem Prinzip der Rechtssicherheit nicht vereinbar sei. Wenn nämlich außervertragliche Umstände bei der Beurteilung des Vertrages berücksichtigt werden, könne der Vertrag zu einem Zeitpunkt wirksam, bei Hinzutreten gewisser Umstände unwirksam und bei deren späterem Wegfall wieder wirksam sein ⁹⁷⁾. Sind diese außervertraglichen Umstände auf die Marktstrukturen bezogen, so kann insbesondere zu Zeiten starker Marktumschichtungen (starke Konjunkturschwankungen) dieser Wechsel zwischen Wirksamkeit und Unwirksamkeit relativ häufig vorkommen. Dann ergibt sich die Frage, auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist.

Diese Frage der Rechtssicherheit ist sicherlich sehr bedeutungsvoll ⁹⁸⁾. Auf der anderen Seite darf aber nicht verkannt werden, daß materielle Gerechtigkeit häufig nur auf Kosten der Rechtssicherheit erreichbar ist und zur Herstellung der ersten Einschränkungen der letzteren gerechtfertigt sein können ⁹⁹⁾.

Ein weiterer Einwand, abgeleitet aus dem Rechtsstaatsprinzip, ist die Frage der Justiziabilität. Durch die Auslegung des § 1 GWB im Sinne der Folgentheorie verliert der Begriff der Wettbewerbsbeschränkung an Schärfe. Unbestimmte Rechtsbegriffe sind zwar grund-

97) Vgl. Benisch, DB 1972, 1709 (1713); Halbey, JurA 1970, 34 (42); Krahe, WuW 1959, 615 (617).

98) Zur Frage der Rechtssicherheit im Kartellrecht generell vgl. Rittner, WuW 1969, 65.

99) BVerfGE 7, 194 (196); ebenso Steindorff, BB 1970, 824 (826); Schmidt, ZHR 135 (1971), 194.

sätzlich verfassungsmäßig; die Norm muß jedoch eindeutige Maßstäbe zur Konkretisierung ihres Inhalts hergeben, was bedeutet, daß sie unabhängig vom Einzelfall noch faßbar und präzisierbar sein muß ¹⁰⁰).

cc) Wettbewerbsbeschränkung iSd Zwecktheorie
Dem Einwand der Rechtsunsicherheit, der gegen die Folgenprüfung erhoben wird, will die Zwecktheorie Rechnung tragen, indem sie neben dem Vertragsinhalt auch die Vertragswirkungen beachtet, die die Beteiligten mit dem Vertragsschluß bezweckt haben.

Dabei ist Zweck in diesem Sinne nicht der zum Vertragsinhalt erhobene gemeinsame Zweck, sondern die subjektive Absicht der Parteien ¹⁰¹).

Wegen der Unterscheidung des Gesetzes zwischen Wettbewerbsbeschränkungen durch Zustand und durch Maßnahme kann im Rahmen des § 1 GWB nur als Wettbewerbsbeschränkung angesehen werden, was im Falle der Genehmigung des Kartells die Beteiligten berechtigen würde, gestützt auf §§ 705, 242 BGB auf Erfüllung zu klagen ¹⁰²). Damit sind neben den Hauptpflich-

100) BVerfGE 21, 73 (79); BVerfGE 27, 21 (25).

101) Fikentscher, Interessengemeinschaft, S. 47; BGH, NJW 1975, 1387 (1340) (ZVN).

102) Fikentscher, WuW 1960, 680 (681); ders., in Festschrift für H. Westermann, S. 87 (107); Hefermehl, Marktinformation, S.32; Säcker, BB, 1967, 681 (682).

ten des Vertrages auch die Nebenpflichten erfaßt. Nach dieser Ansicht kann es nämlich keinen Unterschied machen, ob die Wettbewerbsbeschränkung Vertragsinhalt, Geschäftsgrundlage oder beiderseitiges Motiv ist.

Insoweit unterscheidet sich die Zwecktheorie von der Gegenstandstheorie kaum, da der Zweck, auf den sich die Vertragspartner geeinigt haben, damit notwendig Vertragsinhalt wird und somit auch die Gegenstandstheorie diesen Tatbestand erfaßt ¹⁰³⁾.

Zum anderen ergibt sich eine Schwierigkeit zur Begründung der Zwecktheorie daraus, daß subjektive Elemente, Zweck oder Absicht, schon innerhalb des zivilrechtlichen Tatbestandes relevant sein sollen.

In der Regierungsbegründung zu § 1 GWB heißt es nämlich, daß "auf ein subjektives Element, etwa der Art, daß die Beteiligten die Wettbewerbsbeschränkung beabsichtigen, verzichtet ..." werden soll ¹⁰⁴⁾.

dd) Der Ansatz von Baur ¹⁰⁵⁾

Ausgangspunkt für die Überlegungen von Baur ist das Versagen der Identitätstheorie ¹⁰⁶⁾,

¹⁰³⁾ Benisch, DB 1969, 247 (251/252).

¹⁰⁴⁾ Regierungsbegründung 3 e zu § 1 GWB; vgl. auch WuW/E BGH 359 (Glasglühkörper).

¹⁰⁵⁾ ZHR 134 (1970), 97 ff.

¹⁰⁶⁾ Baur, aaO, S. 99 ff.

die besagt, daß das Tatbestandsmerkmal "Wettbewerb" identisch ist mit dem realen Phänomen des Wettbewerbs, der wegen seiner gesellschaftspolitischen und ökonomischen Vorzüge Schutzgegenstand des Gesetzes sei.

Dieses Versagen sei damit zu begründen, daß es bisher nicht gelungen ist, den realen Wettbewerb zu definieren, so daß die gewonnene Begriffsbestimmung als Tatbestandsmerkmal dem GWB zugrunde gelegt werden konnte ¹⁰⁷⁾. Entweder sei sie realistisch, dann sei sie nicht praktikabel; oder aber sie sei praktikabel, dann entspreche sie nicht dem vom Gesetz geschützten realen Wettbewerb. Als zwangsläufige Folge ergäbe sich daraus, daß die Normen des GWB entweder das Individualinteresse oder aber die gesamtwirtschaftlichen Belange nicht oder nicht ausreichend schützten ¹⁰⁸⁾.

In Anlehnung an Mestmäcker ¹⁰⁹⁾ schlägt Baur daher vor, in der Rechtsanwendung nicht unbedingt einen wirklichkeitsgetreuen Wettbewerbsbegriff zu verwenden, sondern einen nach Sinn, Zweck und Zusammenhang gerade dieser Norm angepaßten Begriff zu benutzen ¹¹⁰⁾. Im Rahmen des § 1 GWB kommt Baur zu der Überzeugung, daß der Wettbewerbsbegriff gar nicht

107) Baur, aaO, S. 116.

108) Baur, aaO, S. 116.

109) Mestmäcker, Probleme des Bestmöglichen, S. 309.

110) Baur, aaO, S. 117.

umschrieben zu werden braucht. Vielmehr sei erforderlich, "Faktoren und Funktionen des Wettbewerbs funktionsgerecht zu bestimmen" ¹¹¹⁾. Diese Bestimmung ergibt nach seiner Ansicht, daß die Auswahl der wettbewerbsrelevanten Faktoren durch Gegenstands- und Folgentheorie nicht haltbar ist. Demnach müsse wegen des Tatbestandsmerkmals der Eignung in § 1 GWB ¹¹²⁾ ein Katalog typischer Wettbewerbsbeschränkungen entwickelt werden, dessen "Zielrichtung durch die gesellschaftspolitischen Funktionen des Wettbewerbs bestimmt wird und die durch die Merkmale Vertrag, gemeinsamer Zweck und Verkehr mit Waren und gewerblichen Leistungen näher eingegrenzt wird" ¹¹³⁾. Es komme darauf an, ob die Vereinbarung generell geeignet sei, "die Stellung der Marktteilnehmer (Kunden, Lieferanten, Außenseiter) auf dem Markt dadurch zu verschlechtern, daß ihnen beim Aushandeln der Verträge bzw. beim Werben um den Kunden wirtschaftliche Kollektivmacht entgegentritt" ¹¹⁴⁾.

Dieser Ausgangspunkt Baur's erscheint auf den ersten Blick sehr bestechend. Fraglich wird nur, wann eine Wettbewerbsbeschränkung, die ja Tatbestandsmerkmal des §1 GWB ist,

¹¹¹⁾ Baur, aaO, S. 140.

¹¹²⁾ Baur, bezieht das Merkmal der Eignung auf die Wettbewerbsbeschränkung.

¹¹³⁾ Baur, aaO, S. 140.

¹¹⁴⁾ Baur, aaO, S. 140; ähnlich Mestmäcker, JZ 1964, 441; Säcker, BB 1967, 681; Lukes, Der Kartellvertrag, S. 184.

vorliegt: immer dann, wenn durch wirtschaftliche Kollektivmacht die Stellung der Marktteilnehmer verschlechtert wird. Liegt eine solche Verschlechterung zum Beispiel vor, wenn das Unternehmen A mit dem Unternehmen B einen Beherrschungsvertrag im Sinne des § 291 AktG abschließt? Auch hier tritt den Kunden bzw. Lieferanten der Unternehmen A und B eine wirtschaftliche Kollektivmacht entgegen, die das Aushandeln der Verträge erschwert. Dennoch liegt hier mit Sicherheit kein Fall des § 1 GWB vor.

b) Praktische Bedeutung der Streitfrage

Gerade das Beispiel der Preismeldestelle zeigt eindrucksvoll die praktische Bedeutung der Streitfrage. Nach der Gegenstandstheorie unterfällt ein Preismeldevertrag dem § 1 GWB nicht, da alle Marktteilnehmer in der Vor-
nahme ihrer Wettbewerbshandlungen rechtlich frei sind.

Sieht man hingegen in der vertraglichen Pflicht zur Offenlegung von Preisen eine Bedingung, unter der Markthandlungen nur vorgenommen werden dürfen, kann nach einer weiter gefaßten Gegenstandstheorie eine Beschränkung des Wettbewerbs vorliegen. Wird ferner der Geheimwettbewerb als durch § 1 GWB geschützt angesehen, muß auch hier eine Wettbewerbsbeschränkung angenommen werden.

Anders ist das Problem der Preismeldestelle nach der Folgentheorie zu beurteilen. Solange

man einem Preismeldevertrag die Eignung zuspricht, zu einem Nachlassen des Wettbewerbs führen zu können und dadurch die Marktverhältnisse zu beeinflussen, trifft ihn die Unwirksamkeitsfolge des § 1 GWB.

Auch nach der Zwecktheorie kann man die Preismeldeverträge als unwirksam ansehen, wenn feststeht, daß die Wettbewerbsbeschränkung, ohne Vertragsinhalt geworden zu sein, übereinstimmendes Motiv oder gemeinsame Geschäftsgrundlage der Vereinbarung ist. In den meisten Preismeldeverträgen wird jedoch ausdrücklich betont, daß sie zu Zwecken der Wettbewerbsförderung geschlossen wurden. Wenngleich die Berücksichtigung solcher Äußerungen "die wirtschaftliche Wirklichkeit und die Auswirkungen des geplanten Verhaltens auf den Wettbewerb" ¹¹⁵⁾ zu wenig würdigt und zu sehr auf die "Formulierungskunst des Anwalts" ¹¹⁶⁾ abstellt, erscheint eine Vertragsauslegung gegen den zunächst eindeutigen Wortlaut so leicht nicht möglich.

Der Ansatz von Baur führt ebenfalls zur Unwirksamkeit der Preismeldeverträge, wenn sie als generell wettbewerbsbeschränkend angesehen werden können ¹¹⁷⁾. Nach seiner Meinung kann diese Feststellung für alle identifizierenden Preismeldestellen gemacht werden. Daß

¹¹⁵⁾ Möschel, NJW 1975, 94 (96).

¹¹⁶⁾ Mestmäcker, Europäisches Wettbewerbsrecht, S. 226.

¹¹⁷⁾ Baur, ZHR 134 (1970), 97 (138/139); ähnlich Emmerich, NJW 1975, 1599.

aber diese Aussage nur bedingt richtig ist, wurde oben im 2. Teil schon gezeigt.

c) Versuch eines neuen Ansatzes

Oben wurde bereits klargestellt, daß alle der dort erwähnten Theorien nicht völlig befriedigen. Ob das tatsächlich auf das Versagen der Identitätstheorie ¹¹⁸⁾ zurückzuführen ist, mag dahinstehen. Zweifellos enthält § 1 GWB eine Reihe von Tatbestandsmerkmalen, die ausfüllungsbedürftig sind. Dabei darf nicht das Alter des GWB außer acht gelassen werden; auch der Begriff von Sicherheit und Ordnung des § 10 II 17 ALR ist erst ganz allmählich gewachsen ¹¹⁹⁾.

Als Ziel muß deshalb die Konkretisierung der Norm angestrebt werden. Das wäre auf zwei Arten möglich: einmal indem der Gesetzgeber bestimmte Phänomene als "besonders wettbewerbsbeschränkend" empfindet und sie deshalb verbietet, zum anderen daß die Wissenschaft um die Klärung des Begriffs selbst bemüht ist, was in der Folge natürlich zu einer gesetzgeberischen Klarstellung führen kann.

Dabei soll und muß zunächst die letztere Möglichkeit ins Auge gefaßt werden.

Der hier unternommene Versuch will damit klären, ob sich durch die Novelle '73, insbeson-

118) So Baur, ZHR 137 (1970), 97 (99).

119) Vgl. hierzu v. Köhler, NJW 1964, 2229.

dere die Aufnahme des Verbots von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in das Gesetz, neue Ansatzpunkte für die Handhabung des Gesetzes ergeben.

aa) Bedeutung der Einführung des Verbots der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen

Insbesondere die Teerfarbenentscheidungen des EuGH und des BGH haben einen Mangel des deutschen Kartellrechts erkennen lassen ¹²⁰⁾.

Hier wurde nämlich deutlich, daß die Marktverhältnisse nicht nur durch vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen beeinflußt werden können, sondern auch durch gegenseitige Abstimmung des Verhaltens von Mitbewerbern untereinander ¹²¹⁾. Als Ziel des Verbotes muß daher die Verhinderung von Wettbewerbsbeschränkungen durch bewußtes tatsächliches Verhalten angesehen werden ¹²²⁾. Geht man von der nach der herkömmlichen Lehre getroffenen Unterscheidung zwischen Kartellvertrag, gentlemen agreement, aufeinander abgestimmtes Verhalten, (bewußtes) Parallelverhalten aus und berücksichtigt dabei die in der Aufzählung enthaltene Stufenfolge, so wird deutlich, daß nun alle Wettbewerbsbeschränkungen, die auf einer gemeinsamen Verabredung im weitesten Sinne beruhen, verboten sind. Unterscheidet

120) Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 13. 6. 1973 BT-Drs. VII/765 (zu VII/796) III zu § 25 Abs. 1 GWB.

121) Siehe Fußn. 120.

122) Siehe Fußn. 120.

- 104 -

man weiterhin den Kartellvertrag und das gentlemen agreement auf der einen Seite von dem aufeinander abgestimmten Verhalten auf der anderen durch die mögliche Erzwingbarkeit eines bestimmten Verhaltens bei den erstgenannten, so wird erkennbar, daß durch die Einführung des Verbots der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen alle Wettbewerbsbeschränkungen verboten sind, gleichgültig, ob sie in Freiheit oder in Bindung geschehen ¹²³⁾.

Von großer Bedeutung nach der Einführung des § 25 Abs. 1 GWB ist die Tatsache, daß es nunmehr leichter möglich ist Wettbewerbsbeschränkungen zu unterbinden, bei denen möglicherweise ein Vertragsschluß vorgelegen hat, dieser aber nicht bewiesen werden kann. Ebenfalls in diesem Bereich zu nennen sind wettbewerbsrechtlich irrelevante Verträge, die aber nur geschlossen werden, um darauf aufbauend Wettbewerbsbeschränkungen zu praktizieren, wobei allerdings der Beweis dieser Intention nicht geführt werden kann. Das Wesentliche dieser neuen Regelung liegt also darin, daß auf den Nachweis des Vertragsschlusses, der oft nur sehr schwierig zu beweisen ist, verzichtet werden kann, wenn feststeht, daß die Beteiligten tatsächlich aufeinander abgestimmt handeln.

123) Ebel, NJW 1973, 1665 (1669); Sandrock, BB 1973, 101 (103).

bb) Parallelität der Verbote nach §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 und §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 1 Nr. 8

Betrachtet man nun die Verbotstatbestände im Rahmen der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen nach §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 und §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB, so stellt man eine völlige Parallelität der Verbote fest ¹²⁴⁾. In beiden Fällen ist ein Untersagungsverfahren nach § 37 a GWB, einmal nach Abs. 1, zum anderen nach Abs. 2, möglich. Für das zu verhängende Bußgeld gilt § 38 Abs. 4 GWB.

Daran wird deutlich, daß die Ahndung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens, sei es, daß es auf Vertrag oder auf einer Abstimmung beruht, völlig gleich ist.

cc) Notwendigkeit einer Unterscheidung?

Sieht man nun die Parallelität der Verbote nach §§ 1 und 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB einerseits und §§ 25 Abs. 1 und 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB andererseits, so stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit einer Unterscheidung.

(1) Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens

Betrachtet man § 1 GWB für sich allein, so enthält er nur die Unwirksamkeits- oder Nichtigkeitserklärung von Vereinbarungen mit Eig-

¹²⁴⁾ Möschel, NJW 1975, 94 (95).

nung zur Marktbeeinflussung ¹²⁵⁾. Erst das Hinwegsetzen über die Unwirksamkeit oder Nichtigkeit ist verboten. Daran wird deutlich, daß nicht der Vertragsschluß als solcher verboten ist ¹²⁶⁾, sondern die Vornahme von Handlungen die aus dem Vertrag resultieren ¹²⁷⁾.

Nicht anders ist es bei § 25 Abs. 1 GWB. Der zivilrechtlichen Unwirksamkeitserklärung bedarf es hier zwar nicht, da eine rechtliche Bindung nicht vorliegt ¹²⁸⁾; aber auch hier ist nicht die Abstimmung von Unternehmen verboten, sondern die auf einer Abstimmung beruhenden Verhaltensweisen ¹²⁹⁾.

Von einem Verbot kann demnach also nur in bezug auf bestimmte Handlungen gesprochen werden. Daraus ergibt sich nach dem jetzigen Stand des GWB ein generelles Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens, allerdings mit der Einschränkung, daß dem Verhalten eine Vereinbarung oder Abstimmung zugrunde liegen muß.

125) Das hat dazu geführt, daß § 1 GWB lediglich als Rechtsschutzverweigerungsnorm angesehen wurde; vgl. Hübner, aaO, S. 33 ff.

126) Es wird zwar die Auffassung vertreten, daß das einem Verbot gleichkomme (vgl. Biedenkopf, Grundsatzfragen, S. 11); allerdings beziehen sich diese Auffassungen auf ein Verbot im Sinne des § 134 BGB von einem Verbot im Sinne des Strafrechts kann nicht gesprochen werden.

127) Vgl. Rinck, BB 1962, 105 (107).

128) Zum Begriff ausführlich: siehe unten S. 134.

129) Müller-Gries-Giessler, § 25 Rdnr. 11.

(2) Argumentum a maiore ad minus

Stimmt man mit der herrschenden Meinung in der Intensitätsabstufung ¹³⁰⁾ ausgehend vom vereinbarten wettbewerbsbeschränkenden Verhalten über das gentlemen agreement zum aufeinander abgestimmten Verhalten überein, so ist durch die Einführung des § 25 Abs. 1 GWB nun auch die schwächste, weil nicht durchsetzbare Form der Wettbewerbsbeschränkung verboten. Mißbilligt aber das Gesetz schon eine derartige Beeinträchtigung der Marktverhältnisse, so kann für eine rechtlich verpflichtende Vereinbarung nach der Zielsetzung nichts anderes gelten. Man könnte daher die Auffassung vertreten, daß § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB insoweit überflüssig ist, als er sich auf § 1 GWB bezieht.

Der Einwand, § 1 GWB enthalte eine spezialgesetzliche Regelung, geht fehl. Spezialität kann nämlich nur vorliegen, wenn zwischen § 1 und § 25 Abs. 1 GWB Gesetzeskonkurrenz bestünde. Diese kann aber nur für den Fall angenommen werden, daß an denselben Tatbestand verschiedene Rechtsfolgen knüpfen ¹³¹⁾. Unter dem Gesichtspunkt der Ahndung wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens sind die Rechtsfolgen jedoch identisch ¹³²⁾.

Zur Anwendung der Grundsätze der Gesetzeskonkurrenz kann es wiederum aber nur kommen, wenn

130) Grundlegend Reuss, AcP 154 (1955), 485.

131) Vgl. statt aller Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 349.

132) Siehe oben S. 114.

dem § 1 und dem § 25 Abs. 1 GWB derselbe Tatbestand zugrunde liegt. Es muß daher untersucht werden, ob ein Verhalten nach §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB ordnungswidrig ist, wenn es auf einer vertraglichen Verpflichtung beruht; m.a.W., liegt auch dann eine Abstimmung iSd § 25 Abs. 1 GWB vor, wenn ein Vertragsschluß vorliegt. Die Frage ist mit Sicherheit zu bejahen, wenn neben den Vertragspflichten Handlungen von den Beteiligten versprochen werden. Schwieriger dürfte aber die Beurteilung sein, ob der Vertrag selbst eine Abstimmung iSd § 25 Abs. 1 GWB ist.

Der Wortlaut schließt die Anwendung beider Vorschriften auf einen Sachverhalt aus. § 1 GWB spricht vom "Vertrag", wohingegen § 25 Abs. 1 an den Begriff der "Abstimmung" anknüpft. Geht man mit dem BGH davon aus, daß der Vertragsbegriff des § 1 GWB mit dem des Zivilrechts übereinstimmt¹³³⁾, und zweichnet sich die Abstimmung durch eine Bindung ohne rechtliche Verpflichtung aus, kann eine parallele Anwendung nicht in Betracht kommen. Die bisherige Betrachtung des Wortlauts führt aber nur zum Formalismus. Es sind daher auch andere Auslegungskriterien anzuwenden. Der eindeutige Wortlaut steht dem nicht entgegen¹³⁴⁾.

Die Entstehungsgeschichte des § 1 GWB deutet sicherlich auf eine Übernahme des zivilrecht-

133) BGHSt 24, 54 (Teerfarben).

134) Vgl. Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 222.

lichen Vertragsbegriffes an. Soll das Gesetz aber nach der Einfügung des Verbots der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen ausgelegt werden, muß der Wille des Gesetzgebers, der die 2. Novelle verfaßte, Berücksichtigung finden, da ansonsten die Fortentwicklung des Rechts genehmigt würde. Nach dem Bericht des Wirtschaftsausschusses, in dem es heißt, daß "der Begriff 'aufeinander abstimmen' nicht den Nachweis einer echten vertraglichen Bindung voraussetzt, der sich oft nicht oder nur sehr schwer führen läßt" ¹³⁵⁾, wäre der Unterschied zu § 1 GWB darin zu sehen, daß im Falle mangelnder Nachweismöglichkeit des Vertrages ein Fall des § 25 Abs. 1 GWB vorliegt. Daraus wird deutlich, daß es nicht darauf ankommen kann, ob ein Vertragsschluß tatsächlich vorliegt oder nicht, sondern daß es dem Gesetzgeber vielmehr um eine Erleichterung der Nachweismöglichkeiten geht ¹³⁶⁾. Folglich liegt auch dann eine Abstimmung im Sinne des § 25 Abs. 1 GWB vor, wenn es tatsächlich zum Vertragsschluß gekommen ist ¹³⁷⁾.

Diese Auffassung wird zusätzlich dadurch erhärtet, daß jedem Vertrag notwendig eine Abstimmung innewohnen muß, da sich beide voneinander nur dadurch unterscheiden, daß beim

135) BT-Drs. VII/765, S. 9.

136) Insoweit ist der Hinweis von Möschel, NJW 1975, 94 (95), falsch, der Gesetzgeber gehe von der Vorstellung aus, der Vertrag sei eine Urkunde mit Siegel. Hätte er nämlich diese Vorstellung, so wäre der Nachweis allein durch das Auffinden der "Urkunde" zu erbringen.

137) A. A. Müller-Gries-Giessler, § 25 Rdnr. 14, die das auf vertraglicher Einigung beruhende Verhalten zum bewußten Parallelverhalten rechnen.

Vertrag eine rechtliche Durchsetzbarkeit des Versprochenen vorhanden sein soll, bei der Abstimmung hingegen nicht. Zeigt aber die historische Auslegung, daß der Gesetzgeber einen ganz bestimmten Zweck - das Verbot wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens überhaupt ¹³⁸⁾ - verfolgen wollte, so kann und muß die Auslegung auch gegen den Wortlaut erfolgen, da im Zweifel anzunehmen sein wird, daß vom Gesetzgeber entsprechendes beabsichtigt war ¹³⁹⁾.

Für das gentlemen agreement kann nichts anderes gelten. Auch wenn eine gesellschaftliche, wirtschaftliche oder tatsächliche Durchsetzbarkeit des Versprochenen besteht, muß eine Abstimmung im Sinne des § 25 Abs. 1 GWB angenommen werden können. Folgt man dieser Auffassung nicht, so würde die Moral der Beteiligten zum tertium comparandi ¹⁴⁰⁾.

Damit steht fest, daß die parallele Anwendung der §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB und §§ 25 Abs. 1, 30 Abs. 1 Nr. 8 GWB nicht ausgeschlossen ist ¹⁴¹⁾. Der Hinweis auf eine spezialgesetzliche Regelung der §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist demnach bedeutungslos. Dann ergibt sich aber aus einer Argumentation a maiore ad minus und der Zielsetzung des Gesetzes, daß durch das Verbot der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in § 25 Abs. 1 GWB

¹³⁸⁾ Siehe oben S. 112.

¹³⁹⁾ Vgl. Enneccerus-Nipperdey, aaO, S. 334.

¹⁴⁰⁾ Möschel, NJW 1975, 94 (95).

¹⁴¹⁾ Ähnlich auch BGH, NJW 1975, 1837 (1840) (ZVN).

auch das auf Vertrag beruhende wettbewerbsbeschränkende Verhalten schon nach dieser Vorschrift verboten sein muß. § 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB ist also bezüglich der Erwähnung von § 1 GWB überflüssig.

(3) Indizienbeweis im Rahmen des § 25 Abs. 1
GWB

Eine derartige Auslegung des Gesetzes hat jedoch nur dann Sinn, wenn damit gleichzeitig Vereinfachung der Recatsfindung erreicht wird. Nach bisherigem Recht mußte im Rahmen des § 1 GWB von den Kartellbehörden jeweils der Vertragsschluß nachgewiesen werden. Geht man wie der BGH von der Vorstellung aus, der Vertragsbegriff des § 1 GWB sei identisch mit dem des Zivilrechts¹⁴²⁾, so wären also alle Tatbestandsmerkmale einer Willenserklärung notwendig und damit der Nachweis aller dieser Merkmale erforderlich. In der Zwischenzeit wird die Ansicht vertreten, daß der Vertragsbegriff in § 1 GWB von dem des Zivilrechts auf jeden Fall insoweit abweiche, als der Wille, eine rechtswirksame Bindung eingehen zu wollen, nicht notwendig sei¹⁴³⁾. Damit ergäbe sich im Rahmen des § 1 GWB die Notwendigkeit des Nachweises aller Tatbestandsmerkmale mit Ausnahme des Rechtsfolge-
willens.

142) Vgl. Fußn. 133.

143) Vgl. Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 24. A. A. allerdings Bartholomeyczik, in: Festschrift für H. Kaufmann, S. 39 (44).

Anders ist es bei § 25 Abs. 1 GWB. Erforderlich ist hier der Nachweis einer Abstimmung. Dieser könnte jedoch durch Beobachtung der Marktbedingungen im konkreten Fall erbracht werden. Je eindeutiger diese auf das Vorhandensein einer Abstimmung schließen lassen, desto geringere Anforderungen sind an den Nachweis der tatsächlichen Kollusion zu stellen¹⁴⁴⁾. Das bedeutet aber nichts anderes als eine, wenn auch möglicherweise widerlegbare, Vermutung auf eine Abstimmung aus dem Marktverhalten, das seinen Niederschlag in den dem Markt entnehmbaren Daten findet. Allerdings muß Klarheit darüber bestehen, daß bei zu starker Verlagerung des Abstimmungsproblems auf die Beweisebene, die Gefahr unkontrollierter, infolge mangelnder Tatbestandssystematik, tatsächlicher Feststellungen droht¹⁴⁵⁾.

Je mehr aber Schlußfolgerungen von der Marktkonstellation auf eine Koordination zugelassen werden, desto weniger erforderlich ist das Aufstellen eindeutiger materieller Kriterien für eine verbotene Abstimmung¹⁴⁶⁾.

(4) Bessere Praktikabilität

Es stellt sich die Frage, ob nach Einführung des Verbots der aufeinander abgestimmten Ver-

144) Bericht des Ausschusses für Wirtschaft, BT-Drs. VII/765, S. 9.

145) Vgl. Belke, ZHR 139 (1975), 129 (130).

146) So auch Steindorff, ZHR 137 (1973), 203 (227).

haltensweisen die Praxis in Zukunft zwischen vertraglichen Wettbewerbsbeschränkungen und auf Abstimmung beruhenden so fein unterscheiden wird wie das Gesetz.

Einmal gibt sich für die Praxis im Rahmen des § 1 GWB die Schwierigkeit, feststellen zu müssen, was dem Vertragsinhalt im Rahmen der Überprüfung einer gemeinsamen Geschäftsgrundlage¹⁴⁷⁾ zuzurechnen ist¹⁴⁸⁾. Wenn die Unternehmen zusätzlich ihr Verhalten teils durch Vertrag, teils durch Abstimmung regeln, ergibt sich eine besondere Schwierigkeit daraus, daß insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Folgentheorie nicht immer eindeutig festgestellt werden kann, ob das Verhalten als Folge des Vertrages zu sehen ist¹⁴⁹⁾ und damit dem Verbot der §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB unterliegt, oder ob bezüglich dieses Verhaltens eine besondere Abstimmung vorliegt, weshalb dann die §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB eingreifen müßten. Der BGH versucht diesem Problem zu entgehen, indem er auf den von den Beteiligten verfolgten Zweck abstellt¹⁵⁰⁾.

Der Zweck ist aber wieder als gemeinsame Geschäftsgrundlage anzusehen und somit Gegenstand des Vertrages.

Es wird innerhalb der Praxis dann sicherlich die Neigung bestehen, die Überprüfung des

147) Hiersemann, WRP 1966, 294 (296), spricht von "besonderen Ausgestaltungen oder Begleitumständen"; vgl. auch BKartA WuW/E 1351 (1353).

148) Vgl. WuW/E BGH 635 (Glasglühkörper) und die Anmerkung von Fikentscher, WuW/E BGH 365, und Langen, NJW 1960, 630.

149) Siehe dazu insbes. Halbey, Jura 1970, 34 36.

150) NJW 1975, 1837 (1840).

Sachverhalts an § 1 GWB gar nicht erst vorzunehmen, weil hier schwierigere und umfangreichere Nachweise erforderlich sind. Die Rechtsanwendung könnte dann eine Subsumtion unter § 25 Abs. 1 GWB vorziehen, oder, wenn der Nachweis des Verstoßes gegen §§ 1, 38 Abs. 1 Nr. 1 GWB nicht eindeutig möglich ist, mit einer "hilfsweisen" Argumentation bezüglich § 25 GWB aufwarten ¹⁵¹⁾.

Doch dann stellt sich die Frage, ob eine Überprüfung an § 1 GWB überhaupt sinnvoll ist.

Wird der Sachverhalt nämlich an § 25 Abs. 1 GWB überprüft, so ist der Nachweis des konkreten Vertragsschlusses mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen nicht erforderlich. Der Nachweis der Abstimmung kann hingegen durch die konkreten Marktbedingungen im Falle ihrer Eindeutigkeit erbracht werden; in Zweifelsfällen müssen noch andere Bedingungen hinzutreten, die aber auch im Bereich des Tatsächlichen liegen können. Weiterhin ist nicht notwendig, daß eine scharfe Trennung zwischen vertraglich auferlegtem und dem tatsächlichen Verhalten vorgenommen werden muß. Hierbei wird also die Schwierigkeit der Beurteilung, ob ein Verhalten der Geschäftsgrundlage oder einer Abstimmung zuzuordnen ist ¹⁵²⁾, vermieden.

151) Erste Ansätze dazu bieten die Entscheidung des KG in Sachen "Gemeinsame Zementverkaufsstelle", WuW/E OLG 1487. Eine ähnliche Entwicklung ist übrigens im Strafrecht bei der Rechtsprechung zu § 266 StGB bezüglich der Mißbrauchs- und Treuebruchstatbestände zu beobachten. Vgl. dazu neuerdings BGH NJW 1975, 1234.

152) Vgl. KG Berlin, WuW/E OLG 1487 (Gemeinsame Zementverkaufsstelle).

(5) Ergebnis

Es konnte festgestellt werden, daß § 25 Abs. 1 GWB auch diejenigen Handlungen verbietet, die auf einer vertraglichen Verpflichtung beruhen. Weiterhin wurde gezeigt, daß eine Subsumption auch der vertraglichen Wettbewerbsbeschränkung unter diese Vorschrift wesentlich praktikabler ist. Dieser Lösungsweg hat weiter den Vorteil, daß eine Auflösung des zivilrechtlichen Vertragsbegriffes im Rahmen des § 1 GWB nicht notwendig ist ¹⁵³⁾. Dieses Argument ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtseinheit von besonderer Bedeutung.

Da innerhalb der Nachprüfung gem. § 25 Abs. 1 GWB zur Beurteilung die konkreten Marktverhältnisse herangezogen werden können, um festzustellen, ob eine Verabredung im weitesten Sinne vorliegt, wird der Streit um Gegenstands- und Folgentheorie entbehrlich. Die Fragestellung heißt hier nicht mehr, ob die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt oder Folge des möglicherweise geschlossenen Vertrages ist, sondern ob aus den konkreten Marktverhältnissen auf eine Abstimmung in ganz bestimmter Richtung, d. n. bezüglich bestimmter Aktionsparameter, geschlossen werden kann. Damit wird die Problemstellung auf die Tatsachenebene verlagert.

Man könnte aber einwenden, daß es sich nur um eine Verlagerung und damit nicht um eine Lö-

153) Gegen solche Auflösungstendenzen u. a.: Benkendorff, WRP 1962, 312; Ulmer, WuW 1962, 3 (5).

sung des Problems handelt. Allerdings besteht bei der Tatsachenbearbeitung die Möglichkeit, Erkenntnisse und Erfahrungen zu verwerten¹⁵⁴⁾. Bezüglich des Nachweises einer Abstimmung müssen daher ökonomische Erkenntnisse und Erfahrungen herangezogen werden¹⁵⁵⁾. Durch kasuistisches Vorgehen müßte man alsdann klarstellen, daß ganz bestimmte Marktkonstellationen nur erreicht werden konnten, wenn eine Abstimmung zugrunde liegt bzw. das gezeigte Verhalten der Unternehmen typischerweise auf eine Abstimmung zurückzuführen ist, weil sich das Unternehmen ansonsten nicht so oder nicht zu diesem Zeitpunkt so verhalten hätte¹⁵⁶⁾, und gegen diese Auffassung keine vernünftigen Zweifel bestehen¹⁵⁷⁾.

Man darf jedoch nicht außer acht lassen, daß das oben dargelegte Verhältnis zwischen § 1 und § 25 Abs. 1 GWB¹⁵⁸⁾ zunächst nur für die

154) Über die juristischen Anforderungen an beweiskräftige Erfahrungen vgl. Blomeyer, aaO, S. 34; Ullrich, in: Festschrift für E. Ulmer, S. 521 (526).

155) So schon Biedenkopf, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkungen, S. 101 und zuletzt Rittner, Kooperation, S. 21; vgl. auch BGHZ 37, 194 (Spar). A. A. allerdings Erlingnagen, Wettbewerbsbeschränkung, S. 120; Nach Kilian, NJW 1974, 209 (291), können sogar verhaltenswissenschaftliche Kriterien verwandt werden, wonach eine Bindung an wissenschaftliche Erfahrungen nur insoweit besteht, als sie auf gesicherten Erkenntnissen beruhen, jedoch nicht, soweit ihnen nur Wahrscheinlichkeitsgrundsätze zugrundeliegen. Vgl. K. R. H. Abs. BGHSt 21, 157 (159) = NJW 1967, 1190.

156) Ebenso neuerdings Belke, ZHR 120 (1975), 129 (132, 133).

157) BGHSt 10, 203 (210).

158) Siehe S. 114 und 116.

straft- bzw. ordnungswidrigkeitsrechtliche Seite gilt. § 1 GWB wird damit nicht bedeutungslos.

Im Rahmen des Zivilrechts ist die Unwirksamkeitserklärung von außerordentlicher Bedeutung, weil dadurch die rechtliche Durchsetzbarkeit der Vertragspflichten vermieden wird. Zum anderen ist zu berücksichtigen, daß ein Vertrag, der ein Verhalten verlangt, das nach § 25 Abs. 1 GWB verboten ist, nach § 134 BGB nichtig wäre. Für einen solchen Vertrag gäbe es niemals die Möglichkeit der Freistellung nach §§ 2-6 GWB, da ein nichtiger Vertrag nicht durch Genehmigung bzw. Nicht-Widerspruch wirksam werden kann¹⁵⁹⁾. Wegen der spezialgesetzlichen Regelung durch § 1 GWB ist ein solcher Vertrag aber nur unwirksam¹⁶⁰⁾.

Doch ist damit noch nicht gesagt, wann ein Vertrag unwirksam ist. Diese Frage stellt jedoch nur ein zivilrechtliches Problem dar und hat nichts mit der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit des Errichtens und Betreibens einer Preismeldestelle im Sinne des Nichtdürfens zu tun.

Es wird daher zu untersuchen sein, ob die Errichtung einer Preismeldestelle bzw. deren Betreiben gegen § 25 Abs. 1 GWB verstößt.

159) Siehe dazu Deringer, NJW 1973, 963.

160) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 142.

B) § 25 Abs. 1 GWB Verbot aufeinander abgestimmter Verhaltensweisen

Oben ist festgestellt worden, daß Handlungen nach § 25 Abs. 1 GWB verboten sein können, selbst wenn zu deren Vornahme eine vertragliche Verpflichtung besteht ¹⁶¹⁾. Es wird daher im folgenden zu prüfen sein, welche Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen.

Dabei ist zu berücksichtigen, daß nach dem GWB nicht die Vornahme einer Handlung schlechthin verboten ist, sondern nur dann, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen. Im Rahmen des § 25 Abs. 1 GWB sind dies Verhaltensweisen (= Summe von Einzelhandlungen), die aufeinander abgestimmt sind und nach dem Gesetz nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden dürfen.

I. Aufeinander abgestimmtes Verhalten

1. Begriff

Durch die zweite GWB-Novelle ist das Verbot der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen in das Gesetz aufgenommen worden, und am 5. 8. 1973 in Kraft getreten ¹⁶²⁾. Was jedoch unter diesem Begriff zu verstehen ist, wird im Gesetz nicht definiert.

a) Die herkömmliche Auslegung

Das Charakteristikum des aufeinander abge-

¹⁶¹⁾ Siehe S. 118/119.

¹⁶²⁾ BGBl. I, S. 917.

stimmten Verhaltens wird nach überwiegender Meinung darin gesehen, daß die daran beteiligten Unternehmen eine Verpflichtung, sei sie nun rechtlicher, gesellschaftlicher, moralischer oder wirtschaftlicher Art, nicht übernehmen. Das aufeinander abgestimmte Verhalten zeichnet sich also dadurch aus, daß die Erfüllung des beabsichtigten Tuns von dem Gutdünken des einzelnen Unternehmens abhängig ist ¹⁶³⁾.

b) Die Gesetzesmaterialien

Bei den Beratungen des Gesetzes hat sich gezeigt, daß eine Regelung betreffend das aufeinander abgestimmte Verhalten in das Gesetz aufgenommen werden müßte, "da die Teerfarbenentscheidungen des BGH und EuGH eine Lücke des deutschen Kartellrechts offenkundig gemacht haben" ¹⁶⁴⁾. Zum anderen habe die Erfahrung gezeigt, daß eine Beeinflussung der Marktverhältnisse durch Beschränkung des Wettbewerbs nicht nur durch Vereinbarungen erreicht werden könne, sondern auch durch gegenseitiges Abstimmen des Verhaltens aufeinander ¹⁶⁵⁾.

Eine gesetzliche Definition hielt der Gesetzgeber jedoch nicht für notwendig, da der Kartellrechtspraxis dieses Phänomen "geläufig"

163) Sandrock, Grundbegriffe, S. 250/251; ähnlich Müller-Henneberg, in: GemK § 1, Rdnr. 29.

164) Bericht des Ausschusses für Wirtschaft vom 13. 6. 1973 BT-Drs. 7/765 zu 7/696, III zu § 25 = WuW 1973, 591.

165) Vgl. FuBn. 164.

sei ¹⁶⁶⁾. Im übrigen habe man bewußt eine Formulierung gewählt, die sich an der Fassung des Art. 65 II EWGV orientierte, da hierzu die Rechtsprechung entsprechende Auslegung gefunden habe.

Nach einer Erklärung des Justizministers, die der Rechtsausschuß gebilligt hat ¹⁶⁷⁾, liegt ein aufeinander abgestimmtes Verhalten vor, wenn "zwei oder mehrere Unternehmen ihr Verhalten bewußt und gewollt voneinander abhängig machen, ohne damit schon eine vertragliche Bindung einzugehen. Damit scheidet ein bewußtes Nachmachen des Verhaltens eines anderen Unternehmens aus" ¹⁶⁸⁾.

Gleichzeitig wurde klargestellt, daß in Anlehnung an die Teerfarbenentscheidung des EuGH ein bloßes Parallelverhalten noch keine Abstimmung ist ¹⁶⁹⁾.

c) Stellungnahme

Wenn im Bericht des Ausschusses für Wirtschaft davon die Rede ist, daß die Kartellrechtspraxis schon bisher zu einer Beschreibung des Begriffes in der Lage war und man sich deshalb daran anlehnte, so erscheint diese Äußerung sehr zweifelhaft ¹⁷⁰⁾. Vielmehr liegt zur Definition des Begriffes eine Vielzahl

¹⁶⁶⁾ Vgl. Fußn. 164.

¹⁶⁷⁾ Anlage 2 zur BT-Drs. 7/765.

¹⁶⁸⁾ Siehe Fußn. 167.

¹⁶⁹⁾ Siehe Fußn. 164.

¹⁷⁰⁾ Ähnlich Axster, WuW 1973, 605 (606/607).

von Auffassungen vor 171).

Allen ist jedoch gemeinsam, daß es eine Stufenfolge bei der Beeinflussung der Marktverhältnisse gibt: vom Kartellvertrag über das aufeinander abgestimmte Verhalten zum bloßen Parallelverhalten.

Die Schwierigkeit der Abgrenzung von Kartellvertrag und aufeinander abgestimmtem Verhalten besteht nach der herkömmlichen Auslegung nur darin, daß nicht immer klar zwischen gemeinsamer Geschäftsgrundlage im Sinne einer Gesamtheit der Umstände, die die Vornahme des Rechtsgeschäfts beeinflußt haben, und Grundlage für die Bewertung der Parteien geworden sind, und den Verhaltenserwartungen, die nicht in Form eines Bedingungszusammenhangs abgestimmt wurden, unterschieden werden kann.

Zum anderen erscheint es sehr zweifelhaft, ob die Anwendung einer Norm von der Tatsache der Nachweismöglichkeit abhängig gemacht werden kann. Liegt nämlich ein Vertragsschluß vor und ist er nachweisbar, so läge ein Fall des § 1 GWB vor; kann hingegen ein Vertragsschluß nicht nachgewiesen werden, obwohl es ihn objektiv gegeben hat, müßte der Fall an § 25 Abs. 1 GWB überprüft werden¹⁷²⁾. Zum tertium comparandi würde dann nämlich die Geschicklichkeit der Beteiligten bzw. die Ungeschicklichkeit der Kartellbehörden.

171) Vgl. die umfangreiche Literaturübersicht bei Axster, WuW 1973, 606 Fußn.9.

172) Vgl. BT-Drs. VII/705, S. 9 und die Ausführungen oben S. 113.

aa) Abgrenzung des aufeinander abgestimmten
Verhaltens zu Vertrag und gentlemen
agreement

Nach der hier vertretenen Auffassung ist im Rahmen der Verbotstatbestände eine Abgrenzung vom Vertrag und dem gentlemen agreement ¹⁷³⁾ auf der einen Seite und dem aufeinander abgestimmten Verhalten auf der anderen Seite nicht erforderlich, da der Begriff der Abstimmung sowohl den Vertrag als auch das gentlemen agreement umfaßt.

bb) Abgrenzung des aufeinander abgestimmten
Verhaltens zum Parallelverhalten

Wegen der engen Anlehnung des Gesetzes an den Wortlaut des Art. 85 II EWGV und des Hinweises des Wirtschaftsausschusses auf die Teerfarbenentscheidung des EuGH könnte der § 25 Abs. 1 GWB den Grundsatz beinhalten, daß nicht jede bewußte Ausrichtung auf ein Parallelverhalten als aufeinander abgestimmt anzusehen ist, wenn sie ohne Zwang vorgenommen wird. Auf der anderen Seite darf keine Koordinierung der Unternehmen zur Verminderung des Unternehmensrisikos für die Ausrichtung ausschlaggebend sein. Damit wird deutlich, daß die Grenzziehung zwischen dem aufeinander abgestimmten Verhalten und dem bewußten Parallelverhalten dort zu erfolgen hat, wo die Ungewißheit über die Reaktion der Mitbewerber in irgendeiner

173) Gegen eine Subsumption des gentlemen agreements unter § 25 Abs. 1 GWB zuletzt Emmerich, JuS 1973, 726.

Form vermindert wird ¹⁷⁴⁾.

Demgegenüber wendet Heuss ¹⁷⁵⁾ ein, daß es nicht darauf ankommen könne, ob die Unternehmen das Risiko vermindern, sondern daß auch dann ein Fall des § 25 Abs. 1 GWB vorliege, wenn aufgrund bestimmter Marktverhältnisse feststehe, daß von den Mitbewerbern eine ganz bestimmte Reaktion zu erwarten sei; mit anderen Worten: eine Koordination ist überflüssig, wenn man weiß, wie sich die Mitbewerber verhalten.

Er denkt dabei an die Marktform des Oligopols, die aufgrund bestehender Abhängigkeiten eine gewisse Preisstarre aufweist; die Abhängigkeiten aber auf der anderen Seite ein Parallelverhalten erst ermöglichen bzw. es sogar erzwingen. Handelt es sich hingegen um einen polypolistischen Markt, so sei ein Parallelverhalten ohne eine Koordination im obigen Sinne nicht möglich. Es ist daher nach Heuss "grotesk, wenn ausgerechnet nur diejenige Konstellation als abgestimmte Verhaltensweise erfaßt würde, bei der es einer solchen Rückvergewisserung bedarf" ¹⁷⁶⁾.

Wenngleich wettbewerbspolitisch die Argumentation von Heuss sicherlich eine Berücksichtigung finden muß, und feststeht, daß Wettbe-

174) Vgl. Sauter, BB 1973, 684 (686); ähnlich auch schon Biedenkopf, BB 1959, 1108.

175) Heuss, WuW 1974, 369 ff.

176) Heuss, WuW 1974, 369 (373).

werbspolitik bei der Interpretation von Normen im Dienste der Rechtswissenschaft stehen kann, so ist andererseits ebenso klar, daß die Rechtswissenschaft nicht für die Verwirklichung politischer Zielvorstellungen mißbraucht werden darf ¹⁷⁷⁾.

Somit wäre die Argumentation de lege ferenda sicherlich zu berücksichtigen. De lege lata muß aber beachtet werden, daß im Bereich der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen immer von einer "Kollusion" mehrerer Unternehmen ausgegangen werden muß, wenn sich daran Konsequenzen anknüpfen sollen ¹⁷⁸⁾.

Wie Heuss richtig erkennt, kann niemand für etwas verantwortlich gemacht werden, für das er nicht verantwortlich ist ¹⁷⁹⁾.

Oben wurde aber gerade nachgewiesen ¹⁸⁰⁾, daß es bestimmte Marktzwänge gibt, gegen die sich ein Unternehmen nicht oder nur sehr schwer wehren kann. Bei Vorliegen der Marktzwänge, deren Existenz Heuss in dieser Weise verneint ¹⁸¹⁾, kommt es aber gerade dazu, daß eine Markthandlung vorgenommen werden muß, selbst wenn man sie nicht, nicht so oder nicht zu diesem Zeitpunkt vornehmen wollte ¹⁸²⁾.

177) Sandrock, Grundbegriffe, S. 69.

178) Mit Ausnahme vielleicht des § 25 Abs. 2 GWB; aber auch hier geht es darum, daß das eine Unternehmen das andere zu einer Kollusion zwingen will.

179) Heuss, WuW 1974, 369 (370).

180) Siehe S. 48.

181) Heuss, WuS 1974, 369.

182) Im Ergebnis ebenso Belke, ZHR 139 (1975), 129 (136).

cc) Ergebnis

Damit steht fest, daß das Charakteristikum des aufeinander abgestimmten Verhaltens in einer irgendwie gearteten Form der Koordination gemeinsamer Interessen zu sehen ist. Ein Verhalten muß demnach als aufeinander abgestimmt gelten, wenn es eine Koordination bestimmter Interessen gibt und daraus Handlungen zur Erreichung eines gemeinsamen Zieles resultieren ¹⁸³⁾, wobei die Endziele der beteiligten Unternehmen nicht übereinzustimmen brauchen, sondern ausreicht, daß gemeinsame Zwischenziele angestrebt werden.

II. "Das nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf"

Wenn auch eine Koordination der oben beschriebenen Art vorliegt, ist damit noch nicht gesagt, daß diese gemäß § 25 Abs. 1 GWB verboten ist. Verboten sind nämlich nur solche Koordinationen, die nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Vereinbarung gemacht werden dürfen.

1. Begriff

Das GWB unterscheidet zunächst einmal zweierlei Bindungen: die horizontalen und die vertikalen. Während für die vertikalen Bindungen eine ausdrückliche Verbotsregelung in den §§ 15 und 18 GWB existiert, besteht eine solche für die horizontalen Bindungen nicht.

183) Vgl. diese Aussage mit den Ausführungen von Lukes, Kartellvertrag, S. 305.

Berücksichtigt man, daß für die Wirksamkeit bestimmter Vereinbarungen eine kartellbehördliche Erlaubnis oder ein Nichtwiderspruch erforderlich sind, so ist daraus erkennbar, daß ohne eine solche Erlaubnis oder bei Widerspruch bestimmte Pflichten nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden dürfen ¹⁸⁴⁾.

Es muß daher festgestellt werden, was nicht vereinbart werden darf. Zu nennen sind dabei in der Reihenfolge des Gesetzes: Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen (§ 2 Abs. 1), Preise und Preisbestandteile (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GWB), Rabatte (§ 3 Abs. 1 GWB), Normen- und Typenverwendung (§ 5 Abs. 1 GWB), Rationalisierungen in Verbindung mit Preisabreden oder gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebs-einrichtungen (§ 5 Abs. 3 GWB) und Spezialisierungen als Sonderfall der Rationalisierung (§ 5 a GWB).

Ferner muß berücksichtigt werden, daß unter bestimmten Voraussetzungen eine kartellbehördliche Genehmigung in keinem Fall erteilt werden darf. Sie ist zu versagen, wenn bei Vereinbarung von Rabatten offensichtlich schädliche Wirkungen beim Ablauf von Erzeugung oder Handel zu erwarten sind oder wenn die Vereinbarung diese Wirkung für die angemessene Versorgung der Verbraucher hat (§ 3 Abs. 3 Nr. 2 GWB).

Nach § 5 Abs. 2 GWB muß ein gewisses Verhält-

184) Vgl. BGH, NJW 1975, 1837 (ZVN).

nis zwischen Rationalisierungserfolg und der Wettbewerbsbeschränkung bestehen; mit anderen Worten ist eine Erlaubnis zu verweigern, wenn dieses Verhältnis nicht besteht.

Dieselbe Regelung enthält § 5 Abs. 3 GWB für Rationalisierungen mit Preisabreden oder gemeinsamen Beschaffungs- oder Vertriebsrichtungen. Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß bei Vereinbarung bestimmter Pflichten die Marktverhältnisse so stark beeinflußt werden können, daß eine Genehmigung zu versagen ist. Dies ist nicht anders erklärlich, als daß er davon ausgegangen sein muß, durch Vereinbarung derartiger Pflichten könnten die Marktverhältnisse überhaupt beeinflußt werden. Eine kartellbehördliche Genehmigung kann demnach nur erforderlich sein, wenn eine Vereinbarung die Eignung zur Marktbeeinflussung besitzt. Hat sie diese nicht, ist eine kartellbehördliche Genehmigung nicht erforderlich, und es wäre damit kein Verbot von horizontalen Bindungen ohne diese Eignung gegeben.

Damit ist klargestellt, was nicht zum Gegenstand einer vertraglichen Bindung gemacht werden darf:

1. vertikale Wettbewerbsbeschränkungen und
2. horizontale Wettbewerbsbeschränkungen, die die Eignung zur Marktbeeinflussung besitzen.

a) Wettbewerbsbeschränkung

Nach der obigen Definition der Preismeldestelle werden über die Preise und preisbestimmende

Daten gemeldet. Daher kommt hier eine Beschränkung der entsprechenden Parameter in Betracht.

Wann eine Wettbewerbsbeschränkung abstrakt vorliegt, ist an sich unstrittig. Gestritten wird lediglich darüber, ob die Wettbewerbsbeschränkung Inhalt, Folge oder Zweck des Vertrages sein kann. Eine Wettbewerbsbeschränkung liegt vor, wenn Unternehmen, die auf demselben Markt konkurrieren, bestimmte Handlungen nicht vornehmen ¹⁸⁵⁾. Allerdings ist bei dieser an sich sehr grob gefaßten Definition das nach Clark so wichtige ¹⁸⁶⁾ Zeitelement nicht erfaßt.

Demnach wollen wir im folgenden dann von einer Wettbewerbsbeschränkung sprechen, wenn Unternehmen, die auf demselben Markt konkurrieren, einen oder mehrere ihrer Aktionsparameter festlegen und/oder die Benutzung bestimmter Wettbewerbsmittel unter Berücksichtigung des Zeitablaufs ausschließen ¹⁸⁷⁾. Eine Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Gesetzes liegt damit jedoch noch nicht vor, da es jedem Unternehmer freigestellt sein muß, ob es bestimmte Parameter benutzt oder nicht. Anknüpfungspunkt für das Gesetz ist vielmehr die Frage nach

185) Vgl. Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 60; Sandrock, Grundbegriffe, S. 200/214.

186) Siehe Heuss, WuW 1974, 369 (571).

187) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 61; ebenso die formale Wettbewerbsbeschränkung bei Sandrock, Grundbegriffe, S. 200; ähnlich auch Hoppmann, WuW 1966, 97 (106); A. A. Knöpfle, aaO, S. 222, der in gewisser Weise die Marktbeeinflussung mit einbezieht.

dem Grund für das Festlegen oder Nichtbenutzen von Parametern. Die Relevanz der Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des § 25 Abs. 1 GWB tritt nämlich ein, wenn es eine Koordination bezüglich gerade dieser Parameter zwischen Unternehmen gibt. Dabei ist unter Koordination eine Willensübereinkunft im weitesten Sinne zu verstehen, die darauf gerichtet ist, bestimmte gemeinsame Ziele zu erreichen¹⁰⁸⁾.

b) Eignung zur Marktbeeinflussung

Die dem Verhalten zugrunde liegende Koordination muß die Eignung zur Marktbeeinflussung besitzen. Diese ergibt sich nicht schon aus der Wettbewerbsbeschränkung an sich¹⁰⁹⁾.

Umstritten ist hierbei, ob dieses Merkmal einen bestimmten Intensitätsgrad oder ein Minimum der Marktbeeinflussung erfordert. In quantitativer Hinsicht wird zum Teil gefragt, ob die Beschränkung des Wettbewerbs für die Marktgegenseite oder für Außenseiter spürbar¹⁹⁰⁾, fühlbar oder zumutbar sei. Dabei kommt eine Abgrenzung nach Größe und Marktanteil der beteiligten Unternehmen in Betracht¹⁹¹⁾. Die Marktstruktur soll dabei insoweit berücksichtigt werden, als sie für die Frage der Wettbewerbsintensität von Bedeutung ist.

108) Vgl. oben S. 83.

109) Rasch/Westrick, § 1 Anm. 23.

190) Zur Frage inwieweit das BkArtA auf die Spürbarkeit eingeht vgl. Sandrock, WuW 1969, 205 (207 Fußn. 15).

191) Siehe Kröger, DB 1962, 1034.

Mit der quantitativen Betrachtung können sich qualitative Kriterien verbinden, die auf die Art der unternehmerischen Zusammenarbeit abstellen. Als im eigentlichen Sinne qualitativ kommt aber eine Abgrenzung in Betracht, die von Größe, Marktanteil, Marktstruktur ab-
sieht.

Die Frage, ob das Merkmal der "Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse" ein quantitatives Element enthält, ist überwiegend unter dem Begriff der Spürbarkeit erörtert worden.

Einigkeit besteht darüber, daß nicht jede theoretische Marktbeeinflussung erfaßt wird.

Eine im Schrifttum verbreitete Ansicht hat sich für die Annahme eines quantitativen Elements ausgesprochen ¹⁹²⁾. Diese Auslegung der Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse geht zurück auf die von Borchardt-Fikentscher eingeführte Unterscheidung der formellen von der materiellen Wettbewerbsbeschränkung ¹⁹³⁾. Während eine formelle Wettbewerbsbeschränkung bei "Verhinderung, Verringerung oder Beseitigung des selbständigen Strebens" nach "Geschäftsverbindungen mit Dritten durch in Aussichtstellen möglichst

192) Sandrock, Grundbegriffe, S. 279.

193) Borchardt-Fikentscher, Wettbewerb, Wettbewerbsbeschränkung, Marktbeherrschung, S. 26 ff.

günstiger Geschäftsverbindungen" durch "sich gegenseitig im Wirtschaftsleben beeinflussen-der Anbieter oder Nachfrager" gegeben ist, wird eine materielle Wettbewerbsbeschränkung erst bejaht, wenn die formelle Wettbewerbsbeschränkung Einwirkungen auf die Marktchancen und die Alternativen Dritter zeigt. Danach gibt es formelle Wettbewerbsbeschränkungen, die keine "Einwirkungen" haben, d. h. die ein Dritter nicht spürt. Kriterium der Spürbarkeit ist demnach der Test, ob für die Marktgegenseite hinreichende und zumutbare Ausweichmöglichkeiten verbleiben ¹⁹⁴⁾. Im Anschluß daran hat Sandrock den Vorschlag gemacht, daß das quantitative Minimum überschritten sei, wenn die beteiligten Unternehmen über eine bestimmte Marktmacht verfügen. Diese Marktmacht sei gegeben, wenn die Gesamtheit der Beteiligten eine oligopolistische Marktstellung innehaben ¹⁹⁵⁾.

Die Frage der qualitativen Betrachtung ist vor allem im Zusammenhang mit der "rule of reason" erörtert worden. Es ist aber heute anerkannt, daß die rule of reason für das GWB allgemein abzulehnen ist; lediglich im Rahmen des § 8 GWB ist eine wirtschaftspolitische Abwägung zugelassen ¹⁹⁶⁾.

Gegen die Einführung quantitativer oder qualitativer Maßstäbe bei der Spürbarkeit sprechen

194) Borchardt-Fikentscher, S. 30; Fikentscher, WuW 1961, 788; Meyer-Cording, WuW 1962, 461; Müller-Henneberg, in: GenK, § 1 Rdnr. 103.

195) Sandrock, Grundbegriffe, S. 291.

196) Frankfurter Kommentar, § 1 Tz. 37; Baumbach-Hefermehl, § 1 GWB Anm. 55.

aber auch hier vor allem Fragen der Rechtssicherheit und der Praktikabilität.

Aus Gründen der Rechtssicherheit hatte der Gesetzgeber sowohl im Entwurf wie auch bei der Novelle 1973 davon abgesehen, die Tragweite des § 1 GWB durch das Erfordernis der "wesentlichen" Marktbeeinflussung einzuschränken¹⁹⁷⁾. Gegen die Praktikabilität eines solchen Elements spricht vor allem die zivilrechtliche Unsicherheit.

Diese Gefahren würden vermieden, wenn die Fragen der Quantität oder Qualität bei der Marktbeeinflussung außer Betracht blieben. Daher wird im Schrifttum zum Teil die Ansicht vertreten, daß die bloße Möglichkeit oder Gefahr der Beeinflussung der Marktverhältnisse als ausreichend anzusehen sei¹⁹⁸⁾. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß die Feststellung einer "Gefahr" für eine Beeinflussung der Marktverhältnisse auch nicht ganz einfach, wenngleich allerdings weniger schwierig ist.

Weiterhin kann nicht die Gefahr allein ausschlaggebend sein, da jede Wettbewerbsbeschränkung die Gefahr der Marktbeeinflussung in sich birgt. Man wird daher neben der ab-

197) Bericht des wirtschaftspolitischen Ausschusses zu § 1 GWB in: GemK, 1. Aufl., S. 1175.

198) Baumbach-Hefermehl, § 1 Anm. 52; Ballerstedt, in: Festschrift für Böhm, S. 186; Sandrock, Grundbegriffe, S. 288; Schmitz, NJW 1961, 2089; Benkendorff, WRP 1962, 146 (147); Griesbach, BB 1962, 1013 (1015).

strakten Gefahr noch die konkrete Eignung zur Marktbeeinflussung fordern müssen¹⁹⁹⁾. Diese konkrete Eignung kann aber auch schon aus einer Betrachtung ex ante festgestellt werden. Ist allerdings die Marktbeeinflussung so geringfügig, daß ihr niemand Beachtung schenkt oder schenken würde, ist dieses Tatbestandsmerkmal nicht gegeben²⁰⁰⁾. Insofern sind wohl zusätzlich quantitative Maßstäbe heranzuziehen²⁰¹⁾.

III. Nachweis des aufeinander abgestimmten Verhaltens

Ein großes Problem der Verhinderung von aufeinander abgestimmtem Verhalten stellt der Nachweis des "gemeinsamen Plans"²⁰²⁾ bzw. der erfolgten Koordination, wie es hier bezeichnet wird, dar.

Geht man mit Möhring²⁰³⁾ von der Vorstellung aus, daß § 25 Abs. 1 lediglich einen Umgehungstatbestand darstellt, so wäre in jedem Fall ein gewisser Umgehungsvorsatz bei den Beteiligten erforderlich.

Es wurde aber oben schon klargestellt²⁰⁴⁾, daß

199) WuW BGH 491 (Spar) = BGHZ 37, 194.

200) Vgl. Frankf. Kommentar, § 1 Tz. 50; Rasch/Westrick, § 1 Rdnr. 50; Müller-Griess-Giessler, § 1 Anm. 91.

201) Ebenso Ebel, BB 1970, 3 (4); Kartte, BB 1969, 53 (54); WuW/E BGH 369 (Kohlenplatzhandel); WuW/E BGH 491 (Spar) allerdings mit kritischer Anmerkung von Sandrock, WuW 1969, 205 (209).

202) Bezeichnung bei Gleiss/Bechthold, BB 1973, 1142.

203) Möhring, NJW 1973, 777 (782).

204) Siehe S. 113.

§ 25 Abs. 1 GWB nicht als Umgehungsstatbestand des § 1 GWB aufzufassen sein kann, weil dann die Einführung des Verbotes der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen wegen § 30 Abs. II Satz 2 a. F. GWB nicht notwendig gewesen wäre, sondern es ging bei der Novellierung um eine Erweiterung der Verbotstatbestände, die durch eine einfacherere Beweisführung erfolgen sollte. In dem Bericht des Ausschusses für Wirtschaft heißt es nämlich, daß allein durch die Marktbedingungen im konkreten Fall der Nachweis der tatsächlichen Kollusion um so leichter zu erbringen sei, je eindeutiger sie seien ²⁰⁵).

Aber auch der Nachweis der tatsächlichen Kollusion dürfte im allgemeinen nicht allzu schwierig sein, da die Kartellbehörden inzwischen genügend Erfahrungen gemacht haben, wie moderne Strategien wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens aussähen ²⁰⁶).

Dabei ist der Hinweis auf eine konkrete Zusammenkunft denkbar ²⁰⁷).

1. Nachweis eines konkreten Kontaktes

a) Begriff

Um den Nachweis einer Abstimmung erbringen zu können, ist als erstes ein konkreter Kontakt

²⁰⁵) BT-Drs. VII/765, S. 9.

²⁰⁶) Sauter, BB 1973, 684 (606); Günther, Marktwirtschaft, 1973, Heft 3, S. 15; Krieger, DB 1964, 361 (363).

²⁰⁷) Vgl. EuGH AWD 1972, 470.

der Unternehmen untereinander erforderlich 200)
Der könnte dadurch erbracht werden, daß eine
bestimmte Zusammenkunft der betroffenen Unter-
nehmen nachgewiesen wird 209).

Nicht ausreichend dürfte allerdings die Tat-
sache der Mitgliedschaft in einem bestimmten
Verband oder in einer anderen unternehmens-
spezifischen Organisation sein. Hinzukommen
müßte dann der Nachweis einer ganz bestimmten
Sitzung.

b) Konkreter Kontakt bei Preismeldestellen
aa) Ringvertrag

Bei einer Preismeldestelle mit der Organisa-
tionsform der oben als Ringvertrag bezeichne-
ten Art liegt der konkrete Kontakt vor, da es
hier bereits vor Errichtung der Preismelde-
stelle Beziehungen zwischen den Unternehmen
geben muß, weil es ansonsten gar nicht zu
der Errichtung kommen könnte.

bb) Sternvertrag

Schwieriger liegt das Problem bei den Stern-
verträgen. Vor Einführung der Preismeldestelle
muß kein Kontakt unter den Unternehmen be-
stehen. Vielmehr geht in der Regel die Initia-
tive, sich dem System anzuschließen, von der
späteren Zentralstelle selbst aus.

208) So schon BKartA im Teerfarbenfall, WuW/E
BKartA 1179.

209) Ulmer, Verhaltensweisen, S. 30;
Martens, JuS 1971, 455 (460).

Allerdings muß berücksichtigt werden, daß bei Betreiben einer Preismeldestelle ein Kontakt der Unternehmen untereinander durch die Rückmeldung der Zentralstelle hergestellt wird. Ob aber der Kontakt direkt oder indirekt, d.h. über Dritte vermittelt wird, kann im Rahmen des § 25 Abs. 1 keine Rolle spielen. Daher muß auch beim Sternvertrag ein konkreter Kontakt angenommen werden können.

2. Nachweis eines Parallelverhaltens am Markt

Um ein aufeinander abgestimmtes Verhalten nachweisen zu können, ist weiterhin die Erkenntnis eines Parallelverhaltens am Markt und dessen Nachweis erforderlich.

a) Preisanpassung als Parallelverhalten

Wie im 2. Teil ausgeführt wurde, besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Gefahr der Preisangleichung. Man könnte daher die Ansicht vertreten, daß in den Fällen, in denen bestimmte Unternehmen die Preise durch Preissenkung, andere durch Preissteigerung angleichen, gerade kein Parallel-, sondern ein entgegengesetztes Verhalten vorliegt. Diese Argumentation verkennt aber, daß zur Erreichung eines bestimmten Zieles verschiedene und vor allem auch entgegengesetzte Handlungen nötig sein können. Der Begriff des Parallelverhaltens darf daher nicht auf die Handlung als solche bezogen werden, sondern es bedarf einer Betrachtung im Hinblick auf das angestrebte Ziel.

Aber selbst wenn man dieser Ansicht nicht folgt, muß spätestens dann von einem Parallelverhalten gesprochen werden, wenn nach Einpendeln der Preise eine Veränderung durch einzelne Unternehmen nicht mehr vorgenommen wird.

b) Konditionenanpassung als Parallelverhalten

Nach der gefundenen Definition einer Preismeldestelle können über sie nicht nur Preise, sondern auch Konditionen oder Preise und Konditionen gemeldet bzw. rückgemeldet werden.

Geht man von der Voraussetzung aus, daß im engen Oligopol kein Preiswettbewerb besteht, so könnte dennoch Konditionenwettbewerb betrieben werden. Kommt es nun zu einer Konditionenanpassung, so läge ein Parallelverhalten vor. Diese Konditionenanpassung kann aber nicht nur in der Marktform des engen Oligopols auftreten, sondern auch in allen anderen (mit Ausnahme des Monopols). Auch hier müßte dann von einem Parallelverhalten gesprochen werden.

In allen Fällen wäre auch die Voraussetzung erfüllt, daß es sich um ein Verhalten am Markt handelt.

c) Identifizierung als Parallelverhalten

Die Preismeldestelle kann so ausgestaltet sein, daß bei jeder Meldung Identifizierungen vorzunehmen sind. Dies muß nicht unbedingt

aufgrund vertraglicher Verpflichtung geschehen, sondern kann auch auf einer Koordination in dem hier verwandten Sinne beruhen.

aa) Identifizierung von Anbietern

Bei der Benennung von Anbietern ist zunächst einmal zu untersuchen, ob diese nur gegenüber der Zentralstelle erfolgt, oder ob sie über die Preismeldestelle auch den anderen Mitbewerbern bekannt wird. Die Frage ist insoweit bedeutsam, als es zu klären gilt, ob die Identifizierung ein Verhalten am Markt darstellt, da wohl außer Zweifel steht, daß ein Parallelverhalten vorliegt. Allerdings vollzieht sich dieses Parallelverhalten sozusagen betriebsintern auf jeden Fall dann, wenn die Identifizierung nur gegenüber der Zentralstelle erfolgt. Nicht anders kann die Beurteilung sein, wenn die Zentralstelle die Benennung an die Mitbewerber weitergibt. Zwar kann, wie wir oben ²¹⁰⁾ gesehen haben, dies eine Markthandlung hervorrufen, doch ist die Identifizierung als solche noch keine Markthandlung.

bb) Identifizierung von Nachfragern

Auch bei der Identifizierung von Nachfragern liegt ein Parallelverhalten vor. Zweifelshaft ist aber auch hier, ob es ein Marktverhalten darstellt. Die Frage könne man insofern bejahen, als es den Marktteilnehmern auf der

²¹⁰⁾ Siehe oben S. 52 und 64.

einen Marktseite unmöglich wird, mit Teilnehmern der anderen zu Geschäftsabschlüssen zu kommen, wenn die letztere eine Geheimhaltung wünscht. Dadurch würde nämlich jedes Geheimgeschäft unterbunden bzw. die Aufdeckung jedes Geschäftes erzwungen.

Allerdings muß auch hier berücksichtigt werden, daß die Identifizierung der Nachfrager nicht das eigentliche Marktverhalten darstellt. Vielmehr ist das Parallelverhalten am Markt der Verzicht auf Geheimwettbewerb bzw. die Aufdeckung jedes Geschäftsvorganges.

Die Identifizierung ist lediglich das Mittel zur Erreichung eines solchen Marktverhaltens.

cc) Identifizierung von Anbieter und Nachfrager

Werden sowohl die Anbieter bekannt, wobei es gleichgültig ist, ob sie nur der Zentralstelle bekannt werden oder auch den Mitbewerbern, als auch die Nachfrager, so liegt auch hier kein Marktverhalten im eigentlichen Sinne vor. Bei Identifizierung der Anbieter handelt es sich nämlich um einen betriebsinternen Vorgang, bei der Benennung der Nachfrager nur um ein Mittel zur Vornahme einer Markthandlung. Auch die Kombination aus beiden kann nichts anderes ergeben.

d) Preislistenhinterlegung als Parallelverhalten

Ebenso wie bei allen anderen Fällen gleichen

Handelns mehrerer Unternehmen liegt ein Parallelverhalten vor, wenn sie ihre Preislisten hinterlegen. Auch hier kann es nicht darauf ankommen, ob dies auf einer vertraglichen Verpflichtung beruht oder einer sonstigen Koordination.

aa) Meldung der Neueinführung

Insbesondere wenn die Neueinführung vor Inkrafttreten der Preisliste - unter und ohne Einhaltung einer Zeitspanne - gemeldet werden muß, erhebt sich die Frage, ob schon diese Meldung eine Markthandlung ist. Man könnte sagen, daß hierdurch direkt Marktdaten, wenn auch zunächst nur für die Mitbewerber, gesetzt werden. Dabei bleibt aber unberücksichtigt, daß durch dieses Setzen von Marktdaten zwar Markthandlungen der anderen Marktteilnehmer hervorgerufen werden können, allerdings kein Kollektivverhalten vorliegt. Vielmehr kann aus diesem Setzen von Marktdaten erst ein Marktverhalten resultieren.

Somit liegt auch hier kein Parallelverhalten am Markt vor.

bb) Meldung der Abweichung

Nicht anders als die Meldung der Neueinführung kann die Mitteilung der Abweichung von Preislisten beurteilt werden. Gleichgültig, ob die Abweichung generell bei bestimmten Geschäften - z. B. bei Überschreiten einer be-

stimmten Menge - oder in Einzelgeschäften gemeldet werden muß, kann zwar aus diesen Daten auf einen bestimmten Bedarf der Marktgegenseite geschlossen werden, allerdings wird erst aus diesen Schlußfolgerungen ein Marktverhalten resultieren.

Die Meldung der Abweichung kann daher nicht als ein Parallelverhalten am Markt angesehen werden.

e) Angebotsmeldung als Parallelverhalten

Die Angebotsmeldung stellt ebenfalls kein Parallelverhalten am Markt dar. Zwar besteht auch hier die Möglichkeit, daß die Angebotsmeldung Auswirkungen auf das Marktverhalten zeigt. Die Meldung selbst ist jedoch keine Markthandlung.

f) Angebotsrückmeldung als Parallelverhalten

Anders ist der Sachverhalt zu beurteilen, wenn die der Zentralstelle zugänglichen Angebote sofort oder sehr schnell an die Mitbewerber zurückgemeldet werden. Diese Rückmeldung ist als Handlung der Melder selbst anzusehen, da sie sich der Zentralstelle nur als Kommunikationsvermittler bedienen.

Es läge zwar nahe, hier deshalb von einem Parallelverhalten am Markt zu sprechen, weil eine solche Mitteilung direkte Auswirkungen auf das Verhalten der Mitbewerber hat. Daraus auf eine Markthandlung zu schließen wäre je-

doch falsch. Zwar wird aus der relativ frühen Mitteilung über die Handlungen anderer ein stärkerer Grad der Beeinflussung des eigenen Handelns ausgehen. Jedoch ist auch jetzt noch eine Umsetzung von Wissen in Handeln erforderlich.

Die Angebotsrückmeldung kann daher auch nicht als eine Markthandlung angesehen werden.

g) Vermeidung ruinösen Wettbewerbs als
Parallelverhalten

Bei der Vermeidung ruinösen Wettbewerbs haben wir es mit einem Parallelverhalten zu tun. Fraglich ist auch hier, ob dieses Verhalten eine Marktbezogenheit besitzt oder besser gesagt, ob eine Handlung, gerichtet auf eine Vermeidung ruinösen Wettbewerbs, eine Markthandlung ist. Bedenkt man, daß Handlungen, mit diesem Ziel ganz verschiedenartig sein können, so daß es beispielsweise nicht zu einer Preis- oder Konditionenanpassung kommt, und weiterhin, daß auch dann von einem Parallelverhalten gesprochen werden kann, wenn völlig entgegengesetzte Handlungen zur Erreichung eines gemeinsamen Zieles vorliegen, so wird man dem Verhalten, das eine Verhinderung ruinösen Wettbewerbs bezweckt, direkte Marktbezogenheit zusprechen können.

Hier geht es nämlich nicht mehr darum, aus dem Handeln anderer Schlußfolgerungen zu ziehen und diese in Taten umzusetzen, sondern es liegt ein Ausschluß bestimmter Handlungen von vornherein vor, die sich direkt am Markt zeigen.

h) Einhalten von Zeitspannen als Parallelverhalten

Ähnliches gilt für das Einhalten von Zeitspannen. Bei einem Einhalten dieser Klauseln wird man zweifelsohne von einem Parallelverhalten sprechen müssen. Aber auch die Marktbezogenheit ist zu bejahen, da es hier - genau wie bei der Vermeidung ruinösen Wettbewerbs - darum geht, bestimmte Markthandlungen, nämlich das Verändern von Preisen unter Beachtung des Zeitablaufs, nicht vorzunehmen und auch hier die Nichtvornahme als Markthandlung zu kennzeichnen ist.

i) Ergebnis

Der Nachweis des aufeinander abgestimmten Verhaltens kann nur geführt werden, wenn ein Parallelverhalten der Beteiligten am Markt vorliegt. Die obige Untersuchung hat ergeben, daß zwar in vielen Fällen der Ausgestaltung einer Preismeldestelle und den daraus resultierenden Meldepflichten - gleichgültig, ob aufgrund von Vertrag oder einfacher Koordination - ein Parallelverhalten der Unternehmen vorliegt. Jedoch ist ein solches Parallelverhalten nicht unbedingt ein Marktverhalten. Daher lassen sich nur folgende Handlungen, wenn sie von mehreren vorgenommen werden, als Parallelverhalten am Markt kennzeichnen:

1. Nichtbenutzen des Aktionsparameters Preis bzw. Einsatz nur auf einen ganz bestimmten Preis hin (Preisstarre),

2. Nichtbenutzen anderer Aktionsparameter, z. B. Konditionen, bzw. Benutzen dieser Parameter in Richtung eines bestimmten Punktes,
3. Vermeidung ruinösen Wettbewerbs, d. h. Verzicht auf ganz bestimmte Markthandlungen, z. B. Preis- und/oder Konditionenänderungen,
4. Einhalten von Zeitspannen.

3. Nachweis einer tatsächlichen Wettbewerbsbeschränkung

Damit von einem aufeinander abgestimmten Verhalten iSd § 25 I GWB gesprochen werden kann, ist eine Wettbewerbsbeschränkung erforderlich.

Oben haben wir die Wettbewerbsbeschränkung definiert als das Festlegen von einem oder mehreren Aktionsparametern bzw. die Benutzung nur von bestimmten Aktionsparametern unter Berücksichtigung des Zeitablaufs durch Unternehmen, die auf demselben Markt tätig sind.

Eine derartige Wettbewerbsbeschränkung müßte sich objektiv aus dem Markt ergeben und den betroffenen Unternehmen nachgewiesen werden.

a) Preisanpassung als Wettbewerbsbeschränkung

In allen Marktformen besteht die Gefahr der Einengung der Variationsbreite der Preise, mit anderen Worten die Tendenz zur Preisstarre.

Dabei soll zunächst außer Betracht bleiben, ob diese Tendenz schon bei bloßer Preismeldung entsteht oder ob es weiterer Informationen oder sogar irgendwelcher Koordinationen zu deren Eintritt bedarf.

In jedem Fall wird man aber sagen können, daß eine tatsächliche Wettbewerbsbeschränkung in bezug auf den Preiswettbewerb vorliegt, wenn sich die Variationsbreite der Preise verringert ²¹¹⁾. Hat es vor Errichtung und Betreiben einer Preismeldestelle so viele Preise wie Anbieter gegeben, und hat sich die Zahl der Preise trotz konstanter Anzahl von Anbietern verringert, liegt materiell eine Wettbewerbsbeschränkung vor ²¹²⁾, da die Benutzung des Aktionsparameters Preis ausgeschlossen bzw. eingeengt ist.

Der Einwand, relative Preisstarre sei ein Ausdruck scharfen Wettbewerbs, geht fehl. Diese Argumentation stellt nämlich die Frage nach dem Grund der Preisanpassung ²¹³⁾. Damit wird aber gleichzeitig das Problem aufgeworfen, ob die Preiswettbewerbsbeschränkung erlaubt ist. Verbieten sind nämlich nur solche, die auf einer

211) Dem steht nicht die Auffassung entgegen, daß bei Preisgleichheit durchaus Wettbewerb in Form von Konditionenwettbewerb bestehen kann; vgl. hierzu Fikentscher, WuW 1961, 788 (794).

212) Damit ist keine materielle Wettbewerbsbeschränkung im Sinne Sandrocks gemeint.

213) Es ist sicherlich richtig, daß sich aufgrund starken Wettbewerbs ein nahezu einheitlicher Preis herausbilden kann. Diese Frage kann aber hier nicht erörtert werden.

irgendwie gearteten Koordination beruhen und geeignet sind, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Davon unabhängig bleibt festzustellen, daß bei einer Anpassung der Preise eine (Preis-) Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

b) Konditionenanpassung als Wettbewerbsbeschränkung

Wegen der Möglichkeit der Meldung von Konditionen über die Preismeldestelle kann es zu einer Anpassung der Konditionen der beteiligten Unternehmen kommen. Werden wie hier unter Konditionen nicht nur Rabatte, sondern z. B. auch Zahlungs- und Lieferbedingungen verstanden, so müßte man an sich von mehreren Aktionsparametern sprechen. Wird einer dieser von mehreren Unternehmen festgelegt bzw. die Benutzung einiger nur unter bestimmten Voraussetzungen vorgenommen, so liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor.

Das kann etwa so aussehen, daß sich am Markt gleiche Rabattsätze für dasselbe Produkt herausstellen, die Zahlungsziele aber völlig unterschiedlich sind. Hier liegt dann eine Wettbewerbsbeschränkung bezüglich der Rabattsätze vor. Sind hingegen die Rabattsätze variabel, die Zahlungsbedingungen aber bei allen gleich, so wäre dies eine Wettbewerbsbeschränkung bezüglich der Zahlungsbedingungen. Ganz allgemein kann man sagen, daß eine Wettbewerbsbeschränkung bezüglich des bzw. der entsprechenden Faktoren vorliegt, wenn ein oder mehrere der den (Netto-) Preis bestimmenden Faktoren sich bei mehreren Unternehmen als gleich herausstellen.

c) Ausschluß ruinösen Wettbewerbs als
Wettbewerbsbeschränkung ²¹⁴⁾

Betrachtet man die Verteilungsfunktion des Wettbewerbs im Sinne Kantzenbachs, so hat er die Aufgabe, eine optimale Güterversorgung zu jeder Zeit sicherzustellen. Diese optimale Versorgung kann dadurch gestört werden, daß durch geringen Konkurrenzdruck Unternehmen künstlich am Leben gehalten werden, die nicht mehr konkurrenzfähig sind. Eine solche Verminderung des Wettbewerbsdrucks ist durch eine Koordination der diese Güter herstellenden Unternehmen erreichbar.

Es ist leicht einzusehen, daß der auf einer Koordination beruhende Ausschluß von Verdrängungswettbewerb den Wettbewerb beschränkt.

Fraglich ist aber, ob ein solcher Wettbewerb durch das GWB, insbesondere § 25 Abs. 1 überhaupt geschützt wird. Dabei ist zu berücksichtigen, daß ein Vernichtungswettbewerb gem. § 1 UWG als sittenwidrig anzusehen und daher unzulässig ist ²¹⁵⁾. Es wird daher die Ansicht vertreten, daß das GWB nur den gesetzlich zulässigen Wettbewerb schützt ²¹⁶⁾. Demzufolge kann der Verzicht auf Vornahme

214) Zur Frage, inwieweit derartige Vereinbarungen als Wettbewerbsregel im Sinne des § 28 GWB gelten können, vgl. Markert, DB 1964, 140; Krahe, BB 1965, 1433; Rinck, Wirtschaftsrecht, Nachtrag zur 3. Aufl., Tz. 871.

215) Baumbach-Hefermehl, § 1 Rdnr. 190, 191, 194.

216) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 48. Der allerdings diese Aussage nur im Hinblick auf § 1 GWB trifft, ebenso Brugger, WuW 1959, 467 (474); Griesbach, BB 1962, 1013 (1015).

gesetzwidriger Wettbewerbshandlungen nicht unter das GWB fallen.

Dem kann man entgegenhalten, daß eine Koordination, gerichtet auf den Verzicht von Verdrängungswettbewerb, nicht notwendig ist, da auch ohne sie gem. § 1 UWG auf Unterlassung geklagt werden könnte. Auf der anderen Seite muß aber wohl eine Koordination des Inhalts möglich sein, die ein gesetzlich mißbilligtes Verhalten ebenfalls mißbilligt.

Damit ist ein Verzicht auf Verdrängungswettbewerb keine Wettbewerbsbeschränkung iSd § 25 Abs. 1 GWB. Ein darauf gerichtetes Verhalten ist demnach nicht verboten.

d) Ausschluß des Geheimwettbewerbs als Wettbewerbsbeschränkung

Der Begriff des Geheimwettbewerbs findet keine einheitliche Verwendung ²¹⁷⁾. Einmal wird darunter ein Verhalten verstanden, bei dem ein Marktteilnehmer einen Wettbewerbsvorsprung vor den Mitbewerbern dadurch zu erlangen sucht, daß er seine Handlungen geheimhält, um dadurch seinen Konkurrenten die Möglichkeit einer schnellen Reaktion zu nehmen. Zum anderen kann ein Mitbewerber seinen Lieferanten zur Geheimhaltung bewegen, um dann gegenüber seinen Konkurrenten möglichst erst als Neuerscheinenden zu erscheinen.

217) Siehe Hoppmann, WuW 1966, 97 (110); Ebel, BB 1970, 3 (5); Süßner, DB 1971, 2458 (2460).

Gehen wir von unserer Definition der Wettbewerbsbeschränkung aus, so müßte der Ausschluß des Geheimwettbewerbs ein Ausschluß der Benutzung von Aktionsparametern sein. Das wäre dann der Fall, wenn der Geheimwettbewerb selbst ein Aktionsparameter wäre oder eine Kombination von Parametern ²¹⁸⁾.

Der BGH nimmt bei Verzicht auf Geheimwettbewerb eine Wettbewerbsbeschränkung an ²¹⁹⁾. Er begründet dies damit, daß die "Art und Intensität des Wettbewerbs und die Art des Auftretens der Marktpartner auf dem Markt" einem "besonderen Markt das Gepräge geben" ²²⁰⁾. Die "Regulierung dieser Faktoren" könne, "je nach den Umständen des Falles die Eignung innewohnen, die Chancen der anderen Marktseite zu beeinflussen" ²²¹⁾, worin die Wettbewerbsbeschränkung zu sehen sei.

Daraus wird deutlich, daß der BGH den Verzicht auf Geheimwettbewerb in seiner Begründung nicht als eigenständigen Aktionsparameter und damit als Wettbewerbsbeschränkung ansieht, denn ansonsten könnte es auf die "Umstände des Falles" nicht ankommen. Geheimwettbewerb läßt sich aber auch nicht als Kombination von Aktionsparametern darstellen.

218) So BKartA, BB 1972, 236; BB 1969, 1501; wohl auch BGH, NJW 1975, 788 (790), der allerdings nur feststellt, daß Verzicht auf Geheimwettbewerb eine Wettbewerbsbeschränkung sei; Säcker, BB 1967, 681 (685); Ebel, BB 1970, 3 (5).

219) NJW 1975, 788 (790).

220) BGH, aaO.

221) BGH, aaO.

Hält man Geheimhaltung für ein Wettbewerbsmittel, so kann sie sich nur auf einen anderen Aktionsparameter, wie Preis, Rabatt, etc., beziehen.

Die fehlende Geheimhaltung hat daher mögliche Auswirkungen auf die Benutzung anderer Parameter; die Geheimhaltung selbst ist daher kein Parameter ²²²⁾. Das Gegenteil kann auch nicht damit begründet werden, daß Maßnahmen die Eignung besitzen können, die Chancen der Marktgegenseite zu beeinflussen. Denn nicht immer dann, wenn die andere Marktseite betroffen wird, liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor.

Vielmehr besteht unter Umständen eine kausale Verknüpfung zwischen dem Einsatz von Parametern und fehlender Geheimhaltung. Diese kann nämlich zu einem Ausschluß von vorstoßendem Wettbewerb führen. Nur so wird auch die Begründung des BGH verständlich. Eine Veränderung der "Intensität des Wettbewerbs" ist nämlich dann als eine Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, wenn der Einsatz von Wettbewerbsmitteln erschwert wird.

e) Ausschluß vorstoßenden Wettbewerbs als Wettbewerbsbeschränkung

Der Ausschluß von vorstoßendem Wettbewerb wäre aber auch nur dann als Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, wenn dieses Vorstoßen

222) Im Ergebnis ebenso Markert, BB 1964, 62 (63); Benisch, DB 1972, 1709 (1714); Hefermehl, Marktinformation, S. 13, der allerdings nur auf die Marktgegenseite abstellt.

als Aktionsparameter oder eine Kombination davon angesehen werden kann.

Hier muß ebenfalls berücksichtigt werden, daß der Verstoß für sich allein keine Markthandlung und damit kein Parameter sein kann. Er muß sich vielmehr auf andere Parameter wie Preis und Rabatt beziehen, so daß dann von einem Preis- bzw. Rabatavorstoß gesprochen werden könnte. Kommt es nicht zu diesen Verstößen bezüglich bestimmter Parameter, so liegt eine relative Starre oder eine allmähliche Anpassung vor. Das Problem der Starre bzw. der Anpassung haben wir aber oben schon behandelt ²²³⁾.

f) Einhalten von Zeitspannen als Wettbewerbsbeschränkung

Anders stellt sich das Problem der Einhaltung von Zeitspannen dar. Hier geht es darum, einen bestimmten Parameter innerhalb eines Zeitraums nicht oder erst nach Ablauf einer Zeitspanne einzusetzen.

In beiden Fällen liegt eine Wettbewerbsbeschränkung vor, da die entsprechenden Parameter während dieses Zeitraums nicht oder erst nach dessen Ablauf benutzt werden dürfen ²²⁴⁾.

4. Nachweis der Eignung zur Marktbeeinflussung

Oben wurde dargestellt, daß nicht jede Wettbewerbsbeschränkung von vornherein geeignet

²²³⁾ Siehe S. 153.

²²⁴⁾ Statt vieler Behrens, WRP 1962, 27 (29).

ist, die Marktverhältnisse zu beeinflussen. Allerdings müssen die Marktverhältnisse nicht tatsächlich beeinflusst werden; es ist vielmehr ausreichend, daß die Wettbewerbsbeschränkung im speziellen Fall eine konkrete Eignung zur Beeinflussung besitzt ²²⁵⁾. Bei der Errichtung bzw. Praktizierung einer Preismeldestelle besteht die Möglichkeit der Preis- und Konditionenanpassung durch die Unternehmen ²²⁶⁾.

Es stellt sich daher die Frage, ob diese Möglichkeit zur Annahme einer Eignung der Marktbeeinflussung ausreicht ²²⁷⁾.

Die obige Untersuchung hat gezeigt, daß wettbewerbsbeschränkendes Verhalten nicht generell verboten ist, sondern nur das auf Koordination der Verhaltensweisen beruhende ²²⁸⁾.

Weiterhin wurde herausgefunden, daß den Unternehmen nicht verboten sein kann, die Marktverhältnisse zu beeinflussen, denn gerade das muß das Ziel eines jeden Unternehmens sein. Verboten ist aber eine Beeinflussung der Marktverhältnisse mit dem Mittel der Wettbewerbsbeschränkung, wenn diese auf einer Koordination beruht.

Besteht nun die Möglichkeit der Preis- und Konditionenanpassung ²²⁹⁾, weil der Preis- und

225) Müller-Henneberg, in: GemK, § 1 Rdnr. 100.

226) Ebenso Krahe, WuW 1959, 615 (617).

227) Das KG, BB 1972, 1241, schließt im Tubenfall die Eignung zur Marktbeeinflussung aus der Tatsache, daß die Preismeldestelle betrieben wird, damit die Vertragsbeteiligten ihre Preise nach der erhaltenen Information festsetzen.

228) Siehe S. 114.

229) Zur Frage der Konditionenanpassung vgl. insbes. Walter, Diss., S. 368.

Konditionenwettbewerb beschränkt ist, so muß man dieser Wettbewerbsbeschränkung die konkrete Eignung der Marktbeeinflussung zusprechen²³⁰⁾. Ein ganz anderes Problem stellt die Frage dar, ob die Wettbewerbsbeschränkung auf einer Koordination beruht²³¹⁾. Zur Frage der Berücksichtigung quantitativer Elemente bei der Prüfung der Eignung der Marktbeeinflussung wurde oben ausgeführt²³²⁾, daß es zwar nicht zu einer Spürbarkeit in der Weise kommen muß, daß der Marktgegenseite nur noch unzumutbare Alternativen bleiben²³³⁾. Es kann aber auf der anderen Seite auch nicht ausreichen, wenn die Beeinflussung so geringfügig ist, daß sie keinerlei Beachtung findet oder finden würde.

In Anwendung dieses Ergebnisses auf Errichtung und Praktizierung einer Preismeldestelle ergibt sich demnach: Hat es auf einem polypolistischen Markt vor Einführung der Preismeldestelle bei 100 Anbietern 100 Preise ge-

230) Ebenso Markert, DB 1963, 1455; Rinck, BB 1962, 105 (107); Schmidt, WuW 1963, 97 (105); a. A. Erlinghagen, Wettbewerbsbeschränkung, S. 17/18; Maul, Diss., S. 211, da keine Marktbeeinflussung mit dem Mittel der Wettbewerbsbeschränkung vorliege, sondern allenfalls eine, die auf den erhöhten Informationsstand der Beteiligten zurückzuführen sei; diese sei aber keine Marktbeeinflussung im Sinne des Gesetzes.

231) Zum Nachweis der Koordination siehe unten S. 164.

232) Siehe S. 141.

233) So aber Langen, § 1 Tz. 35; Meyer-Cording, WuW 1962, 461; Fikentscher, WuW 1961, 788; Deringer, BB 1960, 343.

geben, so wird das für die Beeinflussung erforderliche Minimum nicht erreicht, wenn es anschließend noch 98 Preise gibt. Der Fall ist aber sicher schon wieder anders zu beurteilen, wenn nach Praktizierung der Preismeldestelle die Anbieter nur noch zu einheitlichen Konditionen bereit sind, Geschäfte zu tätigen. Zum erforderlichen Minimum gelangt man aber, wenn die Anzahl der Preise rapide abnimmt. Die Grenzziehung (70, 60, 50 oder noch weniger) kann allgemein jedoch nicht vorgenommen werden; insbesondere ist eine Betrachtung des Verhältnisses von Anbietern und Preisen generell nicht geeignet, Auskunft darüber zu geben, ob das notwendige Minimum erreicht bzw. nicht erreicht wird ²³⁴). Zu dieser Feststellung ist in jedem Fall eine Betrachtung des Einzelfalles erforderlich.

Wenn bei einer Reduzierung um zwei Preise in einem polypolistischen Markt davon ausgegangen wurde, das erforderliche Minimum sei nicht erreicht, so ist dieselbe Reduzierung in einem Oligopolmarkt sicher anders zu beurteilen. Das soll zwar nicht die Einbeziehung der Marktanteile der Unternehmen in die Betrachtung bedeuten. Es steht jedoch fest, daß ein gesteigerter Grad der Wahrscheinlichkeit für eine Eignung zur Marktbeeinflussung spricht,

234) A. A. Frey, WuW 1962, 17 (20); Krahe, WuW 1960, 477 (479), die fordern, daß mindestens 5 % der Gesamtumsätze auf dem entsprechenden Markt betroffen sein müssen.

wenn man 10 auf 8 Preise reduziert, als wenn eine Verringerung von 100 auf 98 Preise stattfindet.

5. Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens

Ein großes Problem der Verhinderung von aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen stellt der Nachweis der erfolgten Koordination und damit des bewußten und gewollten Zusammenwirkens dar.

Geht man mit Möhring ²³⁵⁾ von der Auffassung aus, § 25 Abs. 1 GWB stelle lediglich einen Umgehungstatbestand dar, so wäre in jedem Fall der Nachweis eines Umgehungsvorsatzes notwendig.

Durch den Bericht des Wirtschaftsausschusses wurde aber klargestellt, daß "durch die Marktbedingungen im konkreten Fall an den Nachweis der Kollusion der Beteiligten um so geringere Anforderungen zu stellen sind, je eindeutiger sie für eine Abstimmung sprechen" ²³⁶⁾.

Mithin darf dann auf eine Abstimmung geschlossen werden, wenn sich die Marktbedingungen nach dem konkreten Kontakt in der Weise verändern, daß die Unternehmen ein Verhalten zeigen, das sie ansonsten nicht oder nicht zu diesem Zeitpunkt gezeigt hätten. Es kann daher

235) Möhring, NJW 1973, 777 (782).

236) BT-Drs. VII/765, S. 9.

für den Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens im Fall der Preismeldestelle nicht darauf ankommen, ob die entsprechenden Daten durch Marktstatistik oder im Einzelfall den Beteiligten bekannt werden.

Der Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens muß demnach dann als erbracht angesehen werden können, wenn dieses Verhalten der Unternehmen vernünftigerweise nur durch eine Abstimmung erklärt werden kann ²³⁷⁾.

Dieser Nachweis dürfte im allgemeinen nicht allzu schwierig sein, da die Kartellbehörden inzwischen genügend Erfahrungen gemacht haben, wie moderne Strategien wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens aussehen ²³⁸⁾.

237) Vgl. Ulmer, Verhaltensweisen, S. 31; ähnlich neuerdings Behlke, ZHR 139 (1975), 129 (132), der allerdings darüber hinaus fordert, daß die "konkrete Entscheidungssituation der beteiligten Unternehmen" berücksichtigt werden müsse. Die Forderung nach Beurteilung an Hand dieses Kriteriums geht aber wohl zu weit, da die "konkrete Entscheidungssituation" häufig von subjektiven Beurteilungen beeinflußt sein kann und daher vielfach ex post nicht nachvollziehbar sein wird. Somit würde ein recht unpraktikables Kriterium bei der Beurteilung der Frage nach dem Vorliegen des bewußten und gewollten Zusammenwirkens Eingang finden, eine Sachlage, die vom Gesetzgeber bei Einführung des § 25 Abs. 1 GWB bestimmt nicht gewollt war.

238) Sauter, BB 1973, 684 (686); Güntner, Marktwirtschaft, 1973, Heft 3, S. 15.

Wegen der hier gefaßten Definition des aufeinander abgestimmten Verhaltens kann die Koordination der Unternehmen auch in Form des Vertragsschlusses erfolgen. Man muß aber berücksichtigen, daß neben vertraglichen Koordinationen zusätzlich noch andere vorliegen können.

Ist also mit Hilfe ökonomischer Gesetzmäßigkeiten und Erfahrungen ein Verhalten nicht anders erklärbar als durch eine Koordination, so muß eine Abstimmung angenommen werden können ²³⁹⁾, selbst wenn nach dem Wortlaut einer vertraglichen Koordination dieses Verhalten nicht gefordert wird.

a) Nachweis im engen Oligopol

aa) Preisanpassung als Nachweis

Wegen der totalen Interdependenz ist im engen Oligopol ein Preiswettbewerb nahezu ausgeschlossen, was eine relative Preisstarre zur Folge hat.

Bei Betreiben einer Preismeldestelle im engen Oligopol kann demnach aus der Preisstarre nicht auf eine Koordination geschlossen wer-

239) Nach Hoppmann, WRF 1966, 300 (303), müßte man bereits die Nichtbekanntgabe an die Marktgegenseite als Indiz für eine gewollte Wettbewerbsbeschränkung ansehen, ähnlich Rinck, BB 1962, 105; Kilian, NJW 1974, 289 (292); hingegen reicht nach Ulmer, Verhaltensweisen, S. 31, der Nachweis durch ökonomische Erfahrungen nicht aus; jedoch muß er als erbracht angesehen werden, wenn es für dieses Verhalten keine rationale Erklärung gibt (S. 36); ebenso Kersten, WuW 1972, 69 (74).

den. Dies gilt nicht nur bei Einzelpreis-
meldungen, sondern auch bei Hinterlegung von
Preislisten.

Dabei stellt sich allerdings die Frage, warum
Unternehmen kostenverursachende Preismelde-
stellen einrichten, wenn sie daraus keinen
Nutzen ziehen können. Man muß jedoch berück-
sichtigen, daß allein aus der Tatsache eines
als unrational zu beurteilenden Handelns nicht
damit gleichzeitig der Nachweis eines bewußten
und gewollten Zusammenwirkens in bezug auf
eine Wettbewerbsbeschränkung gesehen werden
darf. Darüber hinaus gibt die Preismelde-
stelle den angeschlossenen Unternehmen eine schnelle
Übersicht über die Marktlage, was auch als
Nutzen anzusehen ist.

bb) Konditionenanpassung als Nachweis

Wird in einem engen oligopolistischen Markt
eine Preismelde-
stelle betrieben, über die
neben den Preisen auch Konditionen gemeldet
werden, so stellt sich die Frage, ob aus einer
feststellbaren Konditionenanpassung auf eine
diesbezügliche Abstimmung geschlossen werden
kann.

Mit Hilfe der Förderung von Markttransparenz
bezüglich bestimmter Konditionen besteht die
Gefahr der zusätzlichen Anpassung der anderen
Nicht-Preisparameter. Da aber eine Verände-
rung dieser Parameter von den Mitbewerbern im
allgemeinen nicht so aggressiv beurteilt wird,

ist eine Reaktion der Mitbewerber in Form der Anpassung wenig wahrscheinlich. Zumindest kommt es in der Regel zu keiner sofortigen Reaktion aller Mitbewerber, es sei denn, daß die Änderung der Nicht-Preisparameter einen Umfang annimmt, der direkten Einfluß auf den "Netto"-Preis hat.

Liegt hingegen eine derart drastische Änderung der Nicht-Preisparameter nicht vor, und werden die Konditionen dennoch allgemein angepaßt, so ist der Verdacht einer Abstimmung gegeben. Als Nachweis einer Koordination können solche Verhaltensweisen jedoch nicht unbedingt angesehen werden, da eine aus Marktzwängen resultierende Verpflichtung zu solchem Verhalten bestehen kann. Ist aber ein solcher Marktzwang nicht gegeben, muß der Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens als gegeben angesehen werden können.

cc) Identifizierung als Nachweis

Könnte im engen Oligopol aus einer Preis- und/oder Konditionenanpassung wegen möglichen Bestehens von Marktzwängen der Nachweis einer Koordination aus diesen Fakten nicht erbracht werden, so stellt sich die Frage, ob der Nachweis einer Abstimmung als gegeben angesehen werden kann, wenn eine Identifizierung erfolgt.

(1) Anbieteridentifizierung

Gehen wir von der Identifizierung der Anbieter aus, so ist zunächst festzuhalten, daß unter-

schieden werden muß, ob die Identifizierung nur gegenüber der Preismeldestelle erfolgt ²⁴⁰⁾ oder von dieser auch an die Mitbewerber weitergegeben wird.

Im letzteren Fall ist festgestellt worden, daß eine Anbieterbenennung für die Erreichung der Ziele der Preismeldestelle, insbesondere die Verhinderung unlauterer Ausspielungen, keineswegs erforderlich ist. Die Benennung der Anbieter legt daher die Vermutung nahe, sie solle gegenüber den Mitbewerbern dazu dienen, einen Corpsgeist unter ihnen zu entwickeln, bzw. einen bestehenden aufrechtzuerhalten. Diese Identifizierung kann im engen Oligopol also wegen des Bestehens der totalen Interdependenz nur den Sinn haben, gegenüber dem "Ausbrechenden" schnellste Aktionen zu ermöglichen.

Stellt sich nun eine Preisanpassung in einem die jeweiligen Anbieter identifizierenden Preismeldesystem heraus, so ist zu fragen, ob diese Preisanpassung auf Marktzwängen beruht oder der Identifizierung. Liegt Marktzwang vor, so kann nicht auf ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken geschlossen werden. Begründete aber die Identifizierung erst diesen Marktzwang, so ist der Fall sicher anders

240) Die Identifizierung der Anbieter nur gegenüber der Preismeldestelle ist nicht sinnlos: einmal kann sie erforderlich sein, um in einem Prüfungsverfahren festzustellen, daß die Preismeldestelle keine falschen Daten weiterleitet; zum anderen ist sie notwendig, um die Kosten dem Melder in Rechnung zu stellen.

zu beurteilen. Da hier aber das enge Oligopol betrachtet wird, muß wegen der totalen Interdependenz ein Marktzwang von vornherein angenommen werden, mit anderen Worten, die Identifizierung von Anbietern kann im engen Oligopol den Marktzwang in der Regel nicht begründen.

Ist in einem engen Oligopolmarkt hingegen festzustellen, daß die Nicht-Preisparameter angepaßt werden, und erfolgt eine Anbieteridentifizierung, so ist damit der Nachweis erbracht, daß hier eine Koordination betreffend die Nicht-Preisparameter vorliegt.

Denn bei Veränderung der Nicht-Preisparameter innerhalb bestimmter Grenzen wird eine Reaktion nicht erfolgen. Bei Identifizierung von Anbietern liegt aber der Verdacht der Ermöglichung von "Polizeiaktionen" seitens der anderen Mitbewerber nahe. Kommt es nun dennoch zu einer Anpassung der Nicht-Preisparameter, so kann dem nur eine Koordination zugrunde liegen, die dann durch bewußtes und gewolltes Zusammenwirken in die Tat umgesetzt wird.

(2) Nachfrageridentifizierung

Ganz anders stellt sich das Problem der Nachfrageridentifizierung dar. Hier ist es den Marktteilnehmern nicht möglich, Geschäfte mit solchen Teilnehmern der Marktgegenseite abzuschließen, die eine Geheimhaltung dieses Ab-

schlusses wünschen ²⁴¹⁾. Beruht die Verpflichtung zur Benennung von Nachfragern auf einer vertraglichen Regelung, so ist hierin die für § 25 Abs. 1 GWB erforderliche Koordination zu sehen. Die daran beteiligten Unternehmen können dann nicht mehr mit dem Nachfrager, der Geheimhaltung verlangt, konkurrieren ²⁴²⁾.

Wird also eine Identifizierung der Nachfrager vorgenommen, steht damit fest, daß die Unternehmen bewußt und gewollt zusammenwirken wollen, indem sie bei Geschäften, bei denen Geheimhaltung verlangt wird, Konkurrenz ausschließen.

dd) Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß

Bei der Meldung vor Vertragsschluß kommt es vornehmlich darauf an, den Mitbewerbern möglichst frühzeitig Kenntnis von dem bevorstehenden Geschäftsabschluß zu verschaffen. Das wird dadurch erreicht, daß die Preismeldestelle die ihr bekanntgewordenen Daten auch möglichst schnell weiterleitet. Erfolgt diese Weiterleitung ohne eine statistische Aufbereitung, d. h. nach dem hier als nichtstatistisch bezeichneten Verfahren, ist für die Mitbewerber eine sehr detaillierte Kenntnis über die Einzelgeschäfte gewährleistet. Dabei

241) Davon zu unterscheiden ist der Verzicht auf Geheimwettbewerb.

242) Ebenso Säcker, BB 1967, 681 (685).

ist es gleichgültig, ob die Rückmeldung auf Anfrage oder automatisch erfolgt.

Die Frage nach der Erforderlichkeit eines solchen Verfahrens kann nicht mit der Notwendigkeit der Verhinderung unlauterer Ausspielungen beantwortet werden, da dieses Ziel auch mit Meldungen bzw. Rückmeldungen nach Vertragsschluß erreichbar ist. Hier drängt sich der Verdacht auf, die frühzeitigen Meldungen bzw. Rückmeldungen sollen verhindern, daß Unternehmen aus der bestehenden Abhängigkeit im engen Oligopol für einen, wenn auch nur kurzen Zeitraum ausbrechen können²⁴³⁾. Zeigt sich in einem engen Oligopolmarkt eine Preisanpassung bei Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß, so kann hieraus noch nicht auf eine Koordination bezüglich des Parameters Preis geschlossen werden, da auch ohne diese Meldungen bzw. Rückmeldungen ein Preiswettbewerb nicht stattfinden würde.

Ist aber eine Anpassung der Nicht-Preisparameter, möglicherweise neben einer Preisstarre, erkennbar, so muß aus den frühzeitigen Meldungen bzw. Rückmeldungen geschlossen werden, daß eine Koordination bezüglich der Nicht-Preisparameter vorliegt, da ohne diese Koordination die Meldung so frühzeitig nicht vorgenommen würde. Auf der anderen Seite bestünde kein Anlaß zur Konditionenanpassung, wenn keine Koordination vorläge.

243) Ebenso Fink, WRP 1972, 412 (414) und KG WuW/E OLG 1253 (Tuben).

Damit ist der Nachweis eines bewußten und gewollten Zusammenwirkens erbracht.

In diesen Problemkreis gehört auch die Frage, ob das Einhalten der sog. "waiting periods" dem Verbot des § 25 Abs. 1 GWB unterfällt. Werden Preislisten hinterlegt und wird die Neueinführung nur unter Einhaltung einer Zeitspanne vorgenommen, so ist es gleichgültig, ob die Einhaltung auf Vertrag oder sonstiger Koordination beruht. Basiert sie auf einer vertraglichen Vereinbarung, so kann aus dem Vertrag selbst eine diesbezügliche Abstimmung nachgewiesen werden. Wird hingegen eine Wartezeit eingehalten, ohne daß eine dahingehende vertragliche Verpflichtung besteht, so ist der Schluß auf eine andersartige Koordination bezüglich der Einhaltung der Zeitspanne erlaubt und zwar unabhängig von der Marktform, da niemand solche Spannen einhält, wenn er dazu keine Veranlassung hat. Die einzige Veranlassung dazu kann aber nur eine Koordination sein.

b) Im weiten Oligopol

Oben wurde das weite Oligopol gekennzeichnet durch eine größere Zahl von Marktteilnehmern, daraus resultierender unvollkommener Markttransparenz und relative Heterogenität der Produkte.

aa) Preisanpassung als Nachweis

Wird in einem weiten Oligopol eine Preismelde-

stelle betrieben und kommt es in diesem Markt zu einer Preisanpassung, so stellt sich die Frage, ob daraus auf eine Koordination bezüglich des Parameters Preis geschlossen werden kann.

Wegen der größeren Zahl der Anbieter besteht eine relativ unvollkommene Markttransparenz. Wird nun die Markttransparenz durch Praktizierung einer Preismeldestelle künstlich vervollkommen, engt sich der monopolistische Bereich auf der Preis-Absatz-Kurve ein; der Wettbewerbsbereich erweitert sich. Diese Erweiterung des Wettbewerbsbereichs kann eine Preisanpassung notwendig machen, wenn der Markt für die Nachfrager entsprechend transparent ist, so daß aus der Preisanpassung allein nicht auf eine Koordination geschlossen werden kann.

Kommt es jedoch zu einer Preisanpassung, wie sie bei Homogenität der Produkte erforderlich wäre, so kann aus dieser Preisanpassung nur auf eine Koordination geschlossen werden. Für die Grenzziehung ist demnach eine Betrachtung des Einzelfalls notwendig.

bb) Konditionenanpassung als Nachweis

Stellt sich in einem weiten Oligopolmarkt neben einer Preisanpassung eine Angleichung der Nicht-Preisparameter heraus, so muß ihr eine Koordination zugrunde liegen, da wegen der Heterogenität der Produkte ein Marktzwang

zu solchen Anpassungen nicht bestehen kann. Der Nachweis einer Konditionenanpassung reicht daher für den Nachweis eines bewußten und gewollten Zusammenwirkens aus, und zwar auch dann, wenn keine Preisanpassung vorliegt, weil wegen der geringeren Aggressivität der Nicht-Preisparameterveränderung eine solche Anpassung nicht einmal im homogenen Oligopol notwendig wäre und daher wegen der Heterogenität der Produkte hier erst recht nicht erforderlich sein kann.

cc) Identifizierung als Nachweis

Wegen des Bestehens der totalen Interdependenz im engen Oligopol konnte bei einer Preisanpassung nicht auf eine Preiskoordination geschlossen werden. Da wir es im weiten Oligopol aber mit einer relativen Heterogenität der Produkte und damit nur mit einer partiellen Interdependenz zu tun haben, muß hier aus der Anbieteridentifizierung auf eine derartige Koordination geschlossen werden können, wenn eine Preisanpassung feststellbar ist. Die Anbieterbenennung kann nämlich keinen anderen Sinn als die Ermöglichung von "Polizeiaktionen" bei Nichteinhaltung der Koordination haben.

Der Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens muß daher als erbracht angesehen werden. Ebenso ist es, wenn eine Nicht-Preisparameteranpassung erfolgt und die jeweiligen Anbieter benannt werden, da auch hier kein Marktzwang zu einer solchen Anpassung besteht.

Aus der Identifizierung der Nachfrager muß der gleiche Schluß gezogen werden wie oben: Koordination in der Weise, daß man bei Geschäften, bei denen Geheimhaltung verlangt wird, nicht konkurrieren will.

dd) Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß

Die Beurteilung einer Preisanpassung im weiten Oligopol bei Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß ist eine andere als im weiten Oligopol. Da hier Preiswettbewerb möglich ist, muß, wenn eine Preisanpassung erfolgt, auf eine Koordination geschlossen werden können, wenn die Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß erfolgt.

Eine gleiche Beurteilung ergibt sich, bei Feststellbarkeit einer Nicht-Preisparameteranpassung, auch wenn daneben eine Preisanpassung vorliegt.

In beiden Fällen ist aus der Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß und einer Preis- und/oder Konditionenanpassung der Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens als erbracht anzusehen.

c) Im Polypol

Oben wurde gezeigt, daß sich nach der Einführung einer Preismeldestelle in einem als Ganzes betrachtet polypolistischen Markt unter

bestimmten Voraussetzungen Teiloligopole herausbilden können. Für diese Teiloligopole sei auf die Ausführungen zum engen bzw. weiten Oligopol verwiesen.

aa) Preisanpassung als Nachweis

Wegen der Möglichkeit des Bestehens von Teiloligopolen, die sich durch die Praktizierung der Preismeldestellen herausbilden bzw. erst jetzt erkannt werden, kann es innerhalb dieser Oligopole zu Marktzwängen und damit zur Notwendigkeit von Preisanpassungen kommen. Sind aber Preisanpassungen bei Unternehmen feststellbar, die nicht dem Zwang desselben Oligopols unterliegen, kann hierfür nur eine Koordination maßgeblich sein. Der Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens ist damit erbracht.

bb) Konditionenanpassung als Nachweis

Wegen des schwachen subjektiven Konkurrenzbewußtseins von Polypolisten verhalten sie sich in der Regel preispolitisch passiv. Aber auch durch eine Veränderung der Nicht-Preisparameter dürfte in der Regel eine Nachfrageveränderung nicht eintreten. Ist also in einem polypolistischen Markt eine Konditionenanpassung erkennbar, so wird man daraus nur den Schluß auf das Vorhandensein einer Koordination ziehen können ²⁴⁴⁾. Der Einwand, gerade

244) Ähnlich Ewald, WRP 1962, 165 (186).

wegen der relativ schwachen Stellung von Polypolisten im Markt, müsse eine Konditionenanpassung erfolgen, damit der einzelne nicht zuviel Nachfrage auf sich ziehe, geht fehl. Nachfragelenkungen über den Parameter Preis können nämlich leichter erfolgen. Da Polypolisten aber über einen gewissen preispolitischen Spielraum verfügen, ist mit einer gewissen Variationsbreite der Preise zu rechnen, so daß dieses Mittel auch benutzt werden kann. Erst wenn diese Möglichkeit nicht besteht, d. h. wenn es einen nahezu einheitlichen Preis gibt, könnte dieser Parameter nicht mehr eingesetzt werden.

Wenn aber ein Zwang zu mehr oder weniger einheitlichen Preisen besteht, wird man von einem polypolistischen Markt nicht mehr sprechen können, sondern muß ihn als Oligopolmarkt bezeichnen ²⁴⁵⁾. Für diesen gilt aber das oben Gesagte.

Damit ist durch den Nachweis der Konditionen-
anpassung der Nachweis des bewußten und ge-
wollten Zusammenwirkens erbracht.

cc) Identifizierung und/oder Meldung bzw.
Rückmeldung vor Vertragsschluß

Wie oben ausgeführt wurde, kann die Identifi-
zierung und/oder Meldung bzw. Rückmeldung vor

245) Es sei denn, der Zwang zu einheitlichen
Preisen beruht auf Gesetz.

Vertragsschluß nur den Sinn einer "Oligopolisierung" in Form der Herausbildung von Teiloligopolen haben. Kristallisieren sich auch tatsächlich solche heraus, so müssen für diese Teiloligopole die obigen Ausführungen über das Oligopol gelten.

Wie aber ist der Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens zu erbringen, wenn es nicht zur Herausbildung von Teiloligopolen kommt?

Ist eine Preis- und/oder Konditionenanpassung feststellbar, und wird identifiziert und/oder vor Vertragsschluß zurückgemeldet, so muß auch hier auf eine Koordination geschlossen werden. Identifizierung und Rückmeldung vor Vertragsschluß deuten nämlich darauf hin, daß derartige Meldungen zu der Ermöglichung von Reaktionsverbänden vorgenommen wurden. Der Nachweis ist erbracht, wenn gleichartige Reaktionen tatsächlich erfolgen.

IV. Ergebnis

Es hat sich gezeigt, daß zum Nachweis des aufeinander abgestimmten Verhaltens bei Betreiben einer Freismeldestelle mehrere Voraussetzungen gegeben sein müssen:

Zwei oder mehrere Unternehmen müssen sich im Markt parallel verhalten; dieses Parallelverhalten muß eine tatsächliche Beschränkung des Wettbewerbs sein und eine konkrete Eignung zur Beeinflussung der Marktverhältnisse besitzen. Der Nachweis einer Koordination bezüg-

lich der Wettbewerbsbeschränkung kann durch den Hinweis auf einen konkreten Kontakt der Unternehmen untereinander und weitere Indizien erbracht werden. Diese Indizien sind je nach Marktform teilweise verschieden. So sind, nach Marktformen geordnet, folgende Indizien erforderlich:

1. im engen Oligopol

- a) Konditionenanpassung trotz mangelnden Marktzwanges
- b) Konditionenanpassung und Anbieteridentifizierung
- c) Nachfrageridentifizierung
- d) Konditionenanpassung und Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß
- e) Einhaltung von Zeitspannen

2. im weiten Oligopol

- a) Preisanpassung wie im engen Oligopol trotz Heterogenität der Produkte
- b) Konditionenanpassung
- c) Anbieteridentifizierung und Preis- und/oder Konditionenanpassung
- d) Nachfrageridentifizierung
- e) Preis- und/oder Konditionenanpassung und Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß
- f) Einhaltung von Zeitspannen

2. im Polypol

- a) Preisanpassung trotz mangelnden Marktzwanges
- b) Konditionen Anpassung
- c) Anbieteridentifizierung und Preis- und/oder Konditionen Anpassung
- d) Nachfrageridentifizierung
- e) Preis- und/oder Konditionen Anpassung und Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß
- f) Einhaltung von Zeitspannen

Aus dieser Aufzählung wird deutlich, daß der Nachweis des bewußten und gewollten Zusammenwirkens unabhängig von der Marktform bei Vorliegen folgender Voraussetzungen erbracht ist:

- 1. Einhaltung von Zeitspannen
- 2. Nachfrageridentifizierung
- 3. Konditionen Anpassung und Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß
- 4. Anbieteridentifizierung und Konditionen Anpassung.

Auffallend ist auch, daß aus einer Preisanpassung allein nicht mit Sicherheit auf eine Koordination geschlossen werden kann, sondern in allen Marktformen weitere Indizien hinzukommen müssen, die in den einzelnen Marktformen wieder unterschiedlich sein können.

Als entscheidende Erkenntnis aus den vorher gemachten Untersuchungen muß aber die Tatsache

gewertet werden, daß die Errichtung oder Praktizierung einer Preismeldestelle nicht generell verboten oder infolge mangelnden Verbots immer erlaubt ist. Es kommt vielmehr auf die der Errichtung und Praktizierung der Preismeldestelle zugrunde liegende Koordination und dem anschließenden Marktverhalten der angeschlossenen Unternehmen an.

§ 2: Auswirkungen dieses Ansatzes auf die zivilrechtliche Rechtsfolge

Unter dem Aspekt der Zulässigkeit von Preismeldestellen konnte oben festgestellt werden²⁴⁶⁾, daß nur diejenigen Praktiken als zulässig betrachtet werden können, die nicht verboten sind. Im Rahmen der horizontalen Wettbewerbsbeschränkungen stellen §§ 25 Abs. 1, 38 Abs. 1 Nr. 8 GWB klar, wer ordnungswidrig handelt und damit etwas Unzulässiges praktiziert. Nach der hier vertretenen Auffassung kann die für § 25 Abs. 1 GWB notwendige Koordination in Form von Vertrag, gentlemen agreement und Abstimmung erfolgen.

Es muß daher die Frage erörtert werden, welche Rechtsfolgen die Koordinationsform "Vertrag" trifft, wenn mit ihr unzulässige Handlungspflichten vereinbart werden.

²⁴⁶⁾ Siehe S. 114.

A) Unwirksamkeit und Nichtigkeit

Nach den obigen Ausführungen sind einige Markthandlungen nach § 25 Abs. 1 verboten. Dies gilt auch dann, wenn bestimmte Kombinationen von Einzelhandlungen gewählt werden, die für sich allein gesehen nicht verboten sind. Die Fragestellung muß daher lauten: Welche zivilrechtliche Rechtsfolge trifft diejenigen Vereinbarungen, die zu diesen Handlungen oder Einzelhandlungskombinationen verpflichten.

Gem. § 134 BGB wären derartige Vereinbarungen nichtig. § 1 GWB, der gegenüber der allgemeinen Regelung des § 134 BGB als spezialgesetzliche Regelung anzusehen ist, stellt aber klar, daß diese Verträge und Beschlüsse nur unwirksam sind. Nichtig sind nur solche Vereinbarungen, bei denen die Beteiligten von vornherein eine notwendige Genehmigung nicht beabsichtigen²⁴⁷⁾.

Nun kann aber die Absicht, ein Genehmigungsverfahren nicht durchführen zu wollen, auf der irrigen Vorstellung beruhen, ein Genehmigungsverfahren sei gar nicht erforderlich. Zwar ist den Unternehmen im allgemeinen sehr wohl bekannt, was verboten und was erlaubt ist. Ein Interesse an der Feststellung der Unwirksamkeit und damit nicht der Nichtigkeit, kann jedoch nur für solche Unter-

247) Vgl. Müller-Henneberg, in: GemK § 1 Rdnr. 147.

nehmen bestehen, die die Vereinbarung auch praktizieren wollen. Es kommt also nur denjenigen auf die Unwirksamkeitsfolgen an, die eine Genehmigung zu b antragen beabsichtigen. Bei ordnungswidrigkeitsrechtlicher Verfolgung kann dieses Problem wohl durch die Lehre über den Verbotsirrtum gelöst werden. Durch die wahrscheinliche Abmahnung gem. § 37 a GWB seitens der Kartellbehörde wird darüber hinaus für die Beteiligten klargestellt, ob das Verhalten als verboten angesehen wird.

B) Vertrag als Unterfall der Koordination

Oben wurde die Abstimmung als irgendwie geartete Form der Koordination gemeinsamer Interessen erklärt. Damit unterfällt der Vertrag diesem Begriff.

Könnte unter Berücksichtigung der Stufenfolge der Vertrag auf der einen Seite zu den Koordinationen "gentlemen agreement" und "Abstimmung" auf der anderen Seite dadurch von einander abgegrenzt werden, daß beim Vertrag eine rechtliche Verpflichtung besteht, wohingegen bei den anderen beiden Koordinationsformen entweder "nur" wirtschaftliche, gesellschaftliche oder tatsächliche Bindungen oder gar keine existieren, ist klargestellt, warum für diese Koordinationsform die zivilrechtliche Unwirksamkeit in § 1 GWB angeordnet wird: damit die aus der Vereinbarung resultierenden Pflichten nicht mit Hilfe staatlicher Intervention durchgesetzt

werden können. In den Fällen des gentlemen agreement und der einfachen Abstimmung ist diese Rechtsfolge aber nicht notwendig, da sich diese Koordinationsformen gerade durch eine nichtrechtliche Beziehung der Beteiligten auszeichnen.

C) Gegenstands- oder Folgentheorie?

Starke Bedenken gegen die Folgentheorie wurden oben aus den Gesichtspunkten der Rechtssicherheit und Justiziabilität geäußert. Es wurde weiterhin klargestellt, daß sich die Koordination auf das Nichtbenutzen von Aktionsparametern bzw. Benutzung nur bestimmter unter Berücksichtigung des Zeitablaufs beziehen muß, was, wie zuzugestehen ist, der Gegenstandstheorie sehr nahe kommt, von ihr aber insoweit abweicht, als nach der hier vertretenen Auffassung keine (rechtliche) Beschränkung der Handlungsfreiheit vorzuliegen braucht.

Die gegen die Gegenstandstheorie geäußerten Bedenken, sie lasse insbesondere die Wirkung solcher Vereinbarungen gegenüber Dritten außer acht, konnten aber insoweit ausgeräumt werden, als durch die Neufassung des § 25 Abs. 1 GWB diese Drittwirkung innerhalb der ordnungswidrigkeitsrechtlichen Beurteilung Berücksichtigung findet, als bei Vorliegen bestimmter Marktkonstellationen bzw. Markthandlungen auf eine Koordination geschlossen

wird und damit bestimmte Handlungen verboten sind.

Damit wird die vornehmlich mit dem Gesetzeszweck - Verhinderung kollektiver Wettbewerbsbeschränkungen - begründete Folgentheorie überflüssig, da dieser Zweck im Rahmen der Beweisforderungen für § 25 Abs. 1 GWB außerordentlich berücksichtigt wird.

Es stellt sich somit die Frage, welche Vereinbarungen denn nun nach § 1 GWB unwirksam sind.

Erstens sind alle diejenigen Vereinbarungen von der zivilrechtlichen Rechtsfolge der Unwirksamkeit betroffen, die mit Rechtsfolge-willen eine Festlegung bestimmter marktbezogener Aktionsparameter beinhalten ²⁴⁸⁾.

Der Einwand, daß diejenigen Vereinbarungen, die ohne Rechtsfolgewillen geschlossen werden, damit nicht von der Unwirksamkeitsfolge betroffen werden, geht fehl.

Ein Vertrag oder Beschluß ist nämlich überhaupt nur wirksam, wenn er mit Rechtsfolgewillen zustande kommt.

Außerdem werden Unternehmen, die auf staatlichen Rechtsschutz nicht angewiesen sind, um ein Verhalten bei einem anderen durchzusetzen, ihn auch nicht in Anspruch nehmen.

248) Möschel: "Extreme Gegenstandstheorie" (NJW 1975, 94 (95)).

Es kann hier dann aber nur um die Verhinderung der Durchsetzung dieses Verhaltens gehen. Die Möglichkeit dazu bietet § 25 Abs. 1 GWB.

Zweitens sind sicher diejenigen Verträge unwirksam, die von den Parteien eine nach § 25 Abs. 1 GWB verbotene Markthandlung fordern. Zwar besteht hier insofern die Gefahr des Zirkelschlusses, als im Rahmen des § 25 Abs. 1 GWB, der als Verbotsnorm nur die Anwendung der Gegenstandstheorie zuläßt. Allerdings kann es hier nicht um die Frage gehen, ob die Parteien einen Rechtsfolgewillen besitzen, da nach § 25 Abs. 1 GWB jegliche Koordinationen verboten sind. Es kommt lediglich darauf an, daß die Wettbewerbsbeschränkungen Inhalt der Koordination ist. Könnte aus dem Vorliegen bestimmter Umstände auf eine Koordination geschlossen werden, so muß dies auch bei der rechtlichen Durchsetzbarkeit gelten.

Verpflichten sich die Beteiligten zur Vornahme bestimmter Handlungen, die zwar für sich allein jeweils wettbewerbsrechtlich irrelevant sind, die aber als Summe für den Nachweis einer Koordination ausreichen, so ist eine derartige Vereinbarung unwirksam. Die Handlung selbst wäre nämlich nach § 25 GWB verboten.

Wird somit z. B. aus einem grundsätzlich wirksamen Preismeldevertrag auf Einhaltung der Pflicht zur Meldung vor Vertragsschluß

geklagt, so wäre die Klage unbegründet, wenn eine Preis- oder Konditionenanpassung feststellbar wäre. Denn eine Meldung vor Vertragsschluß und Preis- und/oder Konditionenanpassung lassen auf eine Koordination schließen und die Vornahme der Handlungen wären zusammengekommen gem. § 25 Abs. 1 GWB verboten.

Man kann nicht einwenden, eine solche Betrachtung müsse den gleichen Bedenken begegnen, wie sie gegen eine Folgentheorie vorgebracht werden. Insbesondere unter dem Gesichtspunkt der Justiziabilität können Schwierigkeiten nicht der Art auftauchen, daß durch die Gerichte Marktbeobachtungen durchgeführt werden müssen und sie dazu kaum in der Lage wären. Das Gericht kann sich der Unterlagen der Preismeldestelle bedienen, um festzustellen, ob es in dem Markt eine Konditionenanpassung gibt bzw. eine diesbezügliche Starre feststellbar ist. Auch den Beteiligten ist jederzeit klar, ob der Vertrag wirksam ist oder nicht, da durch die regelmäßige Rückmeldung die Marktdaten allen Teilnehmern jederzeit zugänglich sind.

D) Kasuistisches Vorgehen zur Bestimmung
des Vorliegens einer koordinierten
Wettbewerbsbeschränkung

Bei der Beurteilung von Tatsachen bzw. Marktgegebenheiten im Rahmen des § 25 Abs. 1 GWB durch kasuistisches Vorgehen wird unter Be-

rücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse und Erfahrungen herausgefunden, wann auf eine Koordination geschlossen werden kann. Verträge sind nach § 1 GWB unwirksam, wenn sie ein Verhalten verlangen, das nach § 25 Abs. 1 GWB verboten wäre. Ein solcher Ansatz muß sich dann auch auf § 1 GWB auswirken.

I. Anwendung ökonomischer Erkenntnisse und Erfahrungen innerhalb des § 1 GWB

Innerhalb der Kasuistik müssen demnach auch im Rahmen des § 1 GWB ökonomische Erkenntnisse und Erfahrungen berücksichtigt werden, und zwar insoweit, als bestimmte Handlungspflichten typischerweise nur bei Vorliegen einer neben dem Vertrag bestehenden Koordination verlangt werden.

Die vertraglich begründete Pflicht zur Preismitteilung fördert unabhängig von der Marktform die Bereitschaft bzw. Notwendigkeit einer Preisangleichung. Gleichwohl ist ein Preismeldevertrag nicht von vornherein nach § 1 GWB unwirksam.

Besteht aber vertraglich weiterhin die Verpflichtung zur Anbieteridentifizierung und zur Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragschluß, so ist eine Koordination zu vermuten. Träte eine Preisanpassung ein, so wäre der Nachweis einer Koordination iSd § 25 Abs. 1 GWB erbracht. Nun könnte man sagen, daß im Rahmen des § 1 GWB nichts anderes gelten könne.

Jedoch sind nicht der Vertragsschluß oder die Koordination verboten, sondern die Vornahme der daraus resultierenden Handlungen. Zur Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse und Erfahrungen muß es innerhalb des § 1 GWB daher in der Weise kommen, daß bei Feststellung einer Preis- oder Konditionenanpassung und der vertraglichen Pflichten zur Anbieteridentifizierung und Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß auf eine Preis- oder Konditionenkoordination geschlossen werden kann und somit der Vertrag in bezug auf Anbieteridentifizierung und Meldung bzw. Rückmeldung vor Vertragsschluß unwirksam ist. Ob darüber hinaus davon der gesamte Vertrag erfaßt wird, beurteilt sich nach § 139 BGB.

II. Ausfüllung des Tatbestandes des § 1 GWB durch Entscheidungen zu § 25 Abs. 1 GWB

Kommt es zur Berücksichtigung ökonomischer Erkenntnisse und Erfahrungen im Rahmen des § 25 Abs. 1 GWB und wird innerhalb des § 1 GWB gefragt, ob die Vornahme der durch den Vertrag geforderten Handlungen gemäß § 25 Abs. 1 GWB verstößt, fließen somit die gewonnenen Erkenntnisse auch in § 1 GWB ein. Dadurch wird erreicht, daß die zum Teil ausfüllungsbedürftigen Tatbestandsmerkmale des § 1 GWB auch an Substanz gewinnen. Sicherlich bedarf das einer gewissen Zeit. Allerdings könnte die Novelle '73 ein Anfang dazu sein.

III. Auswirkungen des Indizienbeweises innerhalb des § 25 Abs. 1 GWB auf § 1 GWB

Wegen der Berücksichtigung der Indizien für das Vorliegen einer Koordination können nun im Rahmen des § 1 GWB auch Umstände zur Beurteilung herangezogen werden, die man zuvor nur bei Anwendung der Folgentheorie erfassen konnte.

Gerade das Beispiel der Freismeldestelle zeigt doch, daß eine Reihe von Einzelhandlungen, jeweils allein betrachtet, wettbewerbsrechtlich irrelevant sein können; allerdings kann die Summe dieser Handlungen oder eine bestimmte Kombination von Einzelhandlungen dieselbe Organisationerscheinung wie ein Kartell im eigentlichen Sinne darstellen.

Durch die Möglichkeit des Indizienbeweises, in einigen Bereichen widerlegend, in anderen nicht, wird natürlich eine Vermutung dahingehend geäußert, den betreffenden Unternehmen komme es auf die Wettbewerbsbeschränkung an. Nach der Auffassung des Gesetzgebers ist aber das Kartell als etwas zu mißbilligendes anzusehen und deshalb nur in Ausnahmefällen (§§ 2-8 GWB) zugelassen, obwohl nicht von Anfang an feststeht, ob es wirklich im Einzelfall zu mißbilligen ist.

Wenn das Gesetz aber von dieser Vorstellung ausgeht, so steht dahinter die Erkenntnis, daß Macht zur Ausnutzung verführt. Dieses Ausnutzen soll aber gerade durch das GWB unterbunden werden.

E) Ergebnis

Vorteile dieses Ansatzes

Es konnte gezeigt werden, daß nach der hier vertretenen Auffassung Ergebnisse erzielt werden, die die wettbewerbspolitischen Aspekte nicht außer acht lassen.

1. Bestimmung der Unwirksamkeit ex ante

Die Folgentheorie erschien bedenklich, da sich nur selten bestimmen läßt, ob ein Vertrag wirksam ist oder nicht, wenn außervertragliche Umstände berücksichtigt werden müssen, und dadurch eine Unsicherheit unter den Beteiligten entsteht. Zum anderen ist die Praktikabilität nicht immer gegeben, da unter Umständen ein Markttest erforderlich sein kann, um die außervertraglichen Konstellationen richtig zu würdigen. Diese Mängel werden hier vermieden.

Existiert ein von der Rechtsprechung anerkannter Erfahrungssatz, daß bei Vorliegen der Voraussetzungen A, B und C und Vornahme der Handlung X auf eine Abstimmung geschlossen werden darf, so wäre ein Vertrag unwirksam, der bei Vorliegen der Voraussetzungen A, B und C das Verhalten X fordert. Liegen hingegen nur die Voraussetzungen A und C vor, so wäre der Vertrag wirksam, den Beteiligten aber von vornherein klar, daß es zusätzlich nur der Voraussetzung B bedarf, damit der Vertrag unwirksam wird.

Somit ist den Beteiligten eine Bestimmung

der Unwirksamkeit ex ante möglich. Allerdings kann es auch hier zum Wechsel zwischen Wirksamkeit, Unwirksamkeit und wieder Wirksamkeit durch Eintritt, Wegfall und späteren Wiedereintritt der Voraussetzung B kommen.

Die Beteiligten können jedoch nach der hier vertretenen Auffassung von vornherein berücksichtigen, wie sicher bzw. unsicher der Eintritt der Voraussetzung B ist. Es wird daher für sie zu überlegen sein, ob man die Vornahme der Handlung X vereinbaren soll oder nicht.

2. Erhaltung der Rechtssicherheit

Vornehmlich die Vertreter der Folgentheorie haben die Auffassung vertreten, daß nach Sinn und Zweck des Gesetzes auch andere Vereinbarungen als solche des Privatrechts unter den Vertragsbegriff des § 1 GWB subsumiert werden müßten. Da nun auch ein Teil der Vertreter der Gegenstandstheorie dieser Auffassung folgt, ist somit der Vertragsbegriff in § 1 GWB völlig aufgeweicht worden.

Die hier vertretene Auffassung kann darauf verzichten und demnach den Vertrag im Sinne des Privatrechts verstehen, ohne damit die von der Folgentheorie vorgebrachten Ziele und Zwecke des Gesetzes unberücksichtigt zu lassen.

Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit liegt hier ein entscheidender Vorteil dieses Ansatzes.

3. Wahrung der Rechtssicherheit

Zu dem Vorteil der besseren Justiziabilität kommt der der Wahrung der Rechtssicherheit hinzu. Zwar ist zuzugestehen, daß auch nach diesem Ansatz ein Maß an Rechtssicherheit, wie es das traditionelle Privatrecht kennt, nicht erreicht wird.

Prüft man jedoch die zivilrechtliche Unwirksamkeit wie hier mit Hilfe der Frage, ob bei Vornahme von in dem Vertrag vereinbarten Handlungen gegen eine Verbotsnorm verstoßen wird, so ergibt sich nach diesem Ansatz ein hohes Maß an Rechtssicherheit, da für die Anwendung von Verbotsnormen strenge Anforderungen zu stellen sein werden.

Auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß innerhalb der Verbotsnorm Indizien zum Beweis des Vorliegens eines Verstoßes herangezogen werden können, wird die Rechtssicherheit nicht beeinträchtigt, sondern eher gestärkt.

Man kann sogar noch weitergehen: Die Unwirksamkeit des Vertrages bei Vorliegen außervertraglicher Umstände tritt nicht wie bei der Folgentheorie ipso iure, sondern nur ein, wenn ein entsprechender, von der Rechtsprechung anerkannter Erfahrungssatz existiert und es auf diese außervertraglichen Umstände gerade ankommt - eine Rechtslage, die mit der für die Mißbrauchs- und Erlaubnistatbestände vergleichbar ist, bei denen

die Unwirksamkeit nur aufgrund konkreter Würdigung des Einzelfalls durch Entscheidung der Kartellbehörde erklärt wird.

Dieser Ansatz verwertet somit zusätzlich Vorstellungen des Gesetzgebers, die bei den "Sonstigen Verträgen" Eingang in das Gesetz gefunden haben.

L e b e n s l a u f

Am 22. 8. 1950 wurde ich, Rolf Muchowski, als Sohn des Hafendirektors Rudolf Muchowski und seiner Ehefrau Alma in Gelsenkirchen geboren. Von 1957 bis 1961 besuchte ich die Volksschule in Gelsenkirchen, anschließend das Grillo-Gymnasium und ab 1967 das Carl-Friedrich-Gauß-Gymnasium in Gelsenkirchen, an dem ich 1969 die Reifeprüfung ablegte. Vom Wintersemester 1969/70 bis zum Wintersemester 1973/74 studierte ich Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum. Im Mai 1974 legte ich vor dem Justizprüfungsamt bei dem Oberlandesgericht Hamm die erste juristische Staatsprüfung ab. Im Mai 1975 trat ich in den juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein.

